

أكاديمية شرطة دبي

الأحوال الشخصية للمسلمين

الدكتور
أحمد محمد صادق النمكي

الطبعة الثانية ١٩٩٧ م



الأحوال الشخصية للمسلمين

دراسة مقارنة

بين الفقه الإسلامي
ومشروع قانون الأحوال الشخصية الإتحادي
لدولة الإمارات العربية المتحدة
ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية
لدول مجلس التعاون الخليجي

دكتـــــور
أحمد محمد صادق النمكي
الأستاذ المساعد للفقه الإسلامي
بكلية الشريعة والقانون (جامعة الأزهر سابقا)
وكلية شرطة دبي

الطبعة الأولى
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م



الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فمن الواضح أن الإسلام الحنيف قد اهتم بكل مايتعلق بنظام الأسرة ، ويتضح هذامن خلال ماجاء في القرآن الكريم والسنة الشريفة ، من آيات كريمة ، وأحاديث شريفة تبين كيف تبنى الأسرة بناء سليما قويا ، وكذلك كيفية المحافظة عليها حتى تتمكن هذه الأسرة من الصمود أمام صعاب الحياة ومشاكلها ، ثم كيفية التغلب على الخلافات الزوجية التي ربما قد تحدث لها ،وكذلك بينت كيف يكون التفريق بين الزوجين إذا لم يؤت الزواج ثماره من السكن والمودة والرحمة ، ثم بيان حقوق كل من الزوجين على الآخر وحقوق أفراد كل الأسرة من أبناء وآباء وأقرباء .

والأحوال الشخصية أو نظام الأسرة في الإسلام ، هو مايقابل المعاملات المدنية ، والجنايات .

ويراد بهذا – الأحوال الشخصية أو نظام الأسرة في الإسلام – الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته بدءاً بالزواج ، وانتهاء بالميراث وما يتعلق به ، وهذا يشمل الآتي :

١- أحكام خاصة بالأسرة من خطبة وزواج وحقوق الزوجين ، وحقوق الأولاد ، وانحلال الزواج بإرادة الزوج كالطلاق والخلع ، أو التفريق القضائي كالإيلاء واللعان والظهار .

٢- كذلك يشمل أحكام الأهلية والولاية والوصاية على الصغير .

٣- ويشمل كذلك الأحكام الخاصة بأموال الأسرة من ميراث ويسمى في الفقه الإسلامي الفرائض ، ووصايا وأوقاف مما يعد تصرفا مضافا لما بعد الموت .

والذي تعرضت له بالدراسة في هذا البحث المتواضع هما الأول والثاني ، أما الثالث فموضوع دراسته في موضع آخر . ومن خلال هذه الدراسة قد تعرضت لمشروع قانون الأحوال الشخصية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة ، ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون ، الذي وافق عليه وزراء العدل بدول مجلس التعاون الخليجي في اجتماعهم الذي عقد في نوفمبر ١٩٩٦م في مسقط بسلطنة عمان ، والهدف من هذه المقارنة ، أن تكون الاستفادة أكثر – بمشيئة الله تعالى – وكذلك التقريب بين وجهات النظر ، وهذا يؤدي – إذا شاء العلي القدير – إلى وحدة تشريعية مستمدة من شريعة الإسلام ، ويومها تكون الوحدة الشاملة وليس هذا على الله العلي القدير بعزيز .

المؤلف

أحمد محمد صادق النمكي

دبي ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م

القسم الأول
" في عقد الزواج "

فيه مباحث تسعة :-

المبحث الأول : في تعريف الزواج .

المبحث الثاني : في الخطبة .

المبحث الثالث : أركان عقد الزواج .

المبحث الرابع : شروط عقد الزواج .

المبحث الخامس : أقسام عقد الزواج و حكم كل قسم .

المبحث السادس : في المحرمات من النساء .

المبحث السابع : في الولاية والوكالة والكفاءة .

المبحث الثامن : في حقوق الزوجة على زوجها .

المبحث التاسع : في حقوق الزوج على زوجته ، والحقوق المشتركة .

المبحث الأول

" تعريف الزواج [1] "

الزواج لغة : إقتران أحد الشيئين بـالآخر ، وازدواجهمـا بعـد أن كـان كـل منهما بعيداً عن الآخر يقال : زوج الشـيء بالشـيء أي اقـترن بـه ، ومـن ذلـك قولـه سبحانه وتعالى ﴿ **كذلك وزوجناهم بحور عين** ﴾ [2] وقوله سبحانه ﴿ **أحشـرو الذيـن ظلموا وأزواجهم** ﴾ [3] أي احشروهم وقرناءهم الذين كانوا يزينون لهم الظلم ، ثم شـاع استعمال هذه الكلمة في اقتران الرجل بالمرأة وارتباطه بها على سبيل الدوام والاستمرار بحيث إذا اطلق الزواج لايقصد منه إلا هذا المعنى ، وعلى هذا جاء قولـه سبحانـه ﴿ **فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها** ﴾ [4] .

وكذلك شاع استعمال كلمة النكاح ، في معنى الزواج ، وقـد اسـتعملها القـرآن الكريم في هذا المعنى أكثر من كلمة الزواج ، ومنـه قولـه سـبحانه ﴿ **ولاتعزمـوا عقـدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله** ﴾ [5] . أي حتى تنقضي العدة .

الزواج اصطلاحا : قد عرفـه بعضهـم : بأنـه عقـد يتضمـن إباحـة اسـتمتاع الرجل بالمرأة ، بالوطء والتقبيل والضم وغير ذلك ، إذا كانت المرأة غير مَحـرْم بنسـب

---

(١) فتح القدير ٣٣٩/٢ ، تبين الحقائق ٩٤/٤ ، الدر المختار ٣٥٥/٢ ، ٣٥٧ . الشرح الصغير ٣٣٢/٢ . مغني المحتاج ١٢٣/٣ ، المغني ٤٤٥/٦ ، نظام الأسرة لأساتذة من كلية الشريعة والقانون الأزهر ص٨ . الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٣١

(٢) سورة الدخان آية ٥٤ أي قرناهم بهن (٣) الصافات ٢٢

(٤) الأحزاب ٣٧ . (٥) البقرة ٢٣٠ .

أو رضاع أو مصاهرة . أو هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك الاستمتاع . أي استمتاع الرجل بالمرأة . وحل استمتاع المرأة بالرجل .

فالأثر لهذا العقد بالنسبة للرجل يفيد الملك الخاص به فلا يحل لأحد غيره . وأما أثره بالنسبة للمرأة فهو حل الاستمتاع لا الملك الخاص بها .

بمعنى أنه يجوز أن تتعدد الزوجات فيصبح الملك حقا مشتركا بينهن . وهذا يعني أن تعدد الأزواج ممنوع شرعا ، وتعدد الزوجات جائز شرعا .

وعرفه الحنفية بقولهم : عقد يفيد ملك المتعة قصداً ، أي حل استمتاع الرجل من امرأة ؛ لم يمنع من نكاحها مانع شرعي ، بالقصد المباشر .

فخرج بكلمة – المرأة – الذكر والخنثى المشكل لجواز ذكورته ، وخرج بقوله – مالم يمنع من نكاحها مانع شرعي – المرأة الوثنية ، والمحارم ، والجنية لاختلاف الجنس لأن قوله تعالى ﴿ **وا لله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ...**﴾ [(١)] بين المراد من قوله سبحانه ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** ﴾ [(٢)] وهو الأنثى من بنات آدم ، فلا يثبت حل غيرها بلا دليل ، ولأن الجن يتشكلون بصور شتى ، فقد يكون ذكراً تشكل بشكل أنثى .

وخرج بكلمة – قصداً – حل الاستمتاع ضمنا بواسطة شراء أمة للتسري . ووضع بعضهم كلمة – بطريق الأصالة – بدل كلمة – قصداً – .

---

(١) النحل / ٧٢ . (٢) النساء / ٣ .

والنكاح لغة : هو الضم والجمع . ومنه - تناكحت الأشجار - بمعنى إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض .

واصطلاحاً : هو عقد بين الزوجين يحل به الوطء .

المراد بالنكاح : هو عند أهل اللغة والأصول حقيقة في الوطء ، مجاز في العقد ، فحيث جاء في الكتاب الكريم أو السنة مجرداً عن القرائن يراد به الوطء . كما في قوله سبحانه ﴿ **ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء** ﴾ (1) فتحرم مزنية الأب على الابن أي على فروعه ، وبهذا تكون حرمتها على الفروع ثابتة بالنص القرآني . وأما حرمة التي عقد عليها عقداً صحيحاً على الفروع فبالإجماع . أما نكاح المرأة الأجنبية فيراد به العقد لأن وطأها لما حرم عليه شرعا ، كانت الحقيقة مهجورة ، فتعين المجاز .

وعند الفقهاء و منهم أئمة المذاهب الأربعة : حقيقة في العقد ، مجاز في الوطء لأنه المشهور في القرآن والأخبار ، وقد قال الزمخشري وهو من علماء الحنفية . ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله سبحانه ﴿ **حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ .

دليل مشروعيته :-

دل على مشروعية النكاح الكتاب والسنة وإجماع الأمة . اما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم** ﴾ (2) . وقوله سبحانه ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم**

---

(1) النساء / ٢٢ . (2) النساء / ٣ .

والصالحين من عبادكم وإمـائكم إن يكونـوا فقـراء يغنهـم ا لله مـن فضلـه ﴾ [1] فقـد اشتملت هاتان الآيتان على الأمر بالنكـاح ، والأمـر وإن كـان أصلـه للوجـوب إلا أنـه مصروف في الآيتين عن الوجـوب الى الارشـاد بدليـل أنـه سبحانه وتعـالى علقـه علـى الإستطابة في الآية الأولى والواجب لايعلق عليه .

قال ابن عباس : رغبهم ا لله في التزويج وأمر به الأمراء والعبيد ووعدهـم عليـه بالغنى فقال : **﴿ إن يكونوا فقراء يغنهم ا لله من فضله ﴾** [2] . وعن أبي هريرة رضـي ا لله عنه – قال : قال رسول ا لله – صلى ا لله عليـه وسـلم – (ثلاثـة حـق علـى ا لله عونهم ، الناكح يريد العفاف ، والمكاتب يريد الأداء ، والغازي في سـبيل ا لله) وعـن ابن مسعود قال : التمســوا الغنـى في النكـاح ، يقـول ا لله تعـالى **﴿ إن يكونـوا فقـراء يغنهم ا لله من فضله ﴾** وقد زوج النبي – صلى ا لله عليه وسلم – ذلـك الرجـل الـذي لايجد عليه إلا إزاره ولم يقدر على خاتم من حديد ، ومع هذا زوجه بتلك المرأة . وقد جعل صداقها عليه أن يعلمها مامعه من القرآن ، والمعهود من كرم ا لله تعالى ولطفه أن يرزقه ما في كفاية لها وله ، وقوله تعالى : **﴿ وليستعفف الذين لايجدون نكاحا حتـى يغنيهم ا لله من فضله ﴾** هذا أمر من ا لله سـبحانه لـن لايجـد تزويجـا بـالتعفف عـن الحرام ، كما قال صلى ا لله عليه وسلم (ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) وهذه الآية مطلقة والتي في سورة النساء أخـص منـه وهـي قولـه سـبحانه : **﴿ ومـن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات ﴾** إلى قوله **﴿ وأن تصبروا خير لكـم ﴾** [3] . أي صبركم عن تزوج الإماء خير لكم لأن الولد يجىء رقيقا .

---

(١) النور / ٣٢ . (٢) النور / ٣٢ . (٣) النساء / ٢٥ .

وأما السنة : فقوله – صلى ا الله عليه وسلم – (يامعشر الشباب من اسـتطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) [1] . وعن انس بن مالك – رضي ا الله عنـه – أن النـبي – صلـى ا الله عليـه وسلم – حمد ا الله وأثنى عليه ، وقال : (... لكني أنا أصلي وأنام ، وأصوم وأفطر ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني) [2] .

ففي الحديث الأول : أمر الرسول – صلى ا الله عليه وسـلم – الشـباب الـذي يستطيع الزواج بالزواج ، لما فيه من غض البصر وحفظ الفرج ، والصحيح أن الأمر هنا عند الجمهور لايدل على الوجوب ، وإنما على الارشاد والندب والترغيب في النكاح .

وفي الحديث الثاني : يوضـح رسـول ا الله – صلـى ا الله عليـه وسـلم – أن النكاح من سنته وهديه وطريقته وهي الحنفية السمحة ، فمن أعرض عـن النكـاح فقد أعرض عن طريقه – صلى ا الله عليه وسلم – ويقصد بهذا أن التارك لهديه القويم المائل الى الرهبانية خارج عن الاتباع إلى الابتداع .

وأما الاجماع : فقد أجمع المسلمون من لـدن رسـول ا الله – صلـى ا الله عليـه وسلم – وإلى يومنا هذا وإلى أن يـرث ا الله الأرض ومـن عليهـا علـى أن الـزواج مشـروع ومرغب فيه وهو من هديه – صلى ا الله عليه وسلم – .

---

(١) متفق عليه (سبل السلام ١٠٩/٣) والباءة / مؤن الزواج وواجباته .

(٢) البخاري ومسلم والنسائي جامع الأصول ٢٠١/١ .

الحكمة من مشروعية النكاح :-

الأسرة ضرب من ضروب الاجتماع الانساني ، والإسلام أراد لها بناءً قوياً ، والزواج رابطة قوية ونظام اجتماعي يرقى بالانسان عن الدائرة الحيوانية إلى العلاقة الروحية ويرتفع به من مكان الوحدة والانفراد إلى أحضان السعادة وأنس الاجتماع .

(١) ففيه ترويح النفس ، وبعد لها عن السآمة والملل . وهو عماد الأسرة التي منها يتكون المجتمع البشري ، حتى يأذن الله بنهاية هذه الحياة الدنيا .

(٢) وبه تتكون الصفات الإنسانية الراقية ، كالإيثار وحب الغير ومعرفة ما للإنسان من حقوق وماعليه من واجبات .

(٣) وعليه حفظ النوع الإنساني كاملا . ويندرج في مدراج الرقي والكمال بالتناسل الشريف القوي ، لأن الزنا لايحفظ هذا النوع من الانقراض وإن حفظه ففي ظل حياة وضيعة مفككة الأوصال يلفظها كل مجتمع سليم .

(٤) وفيه راحة حقيقية لكل واحد من الزوجين :

أما الزوج فعندما يعود من مشاق عمله ، ومتاعب الحياة الدنيا ، يجد في بيت الزوجية أنسا وبهجة وراحة لضميره وإرضاء لعواطفه وتحقيقا لأغراضه .

وأما الزوجة فلأنها مطمئنة إلى من يكد نفسه للحصول على رزقها ومتاع أولادها ، فتأخذ نفسها جادة في إدارة شئون المنزل وما يتطلبه الأولاد من عناية ورعاية ، وفي ذلك موافقة لطبعها وغرائزها وراحة لضميرها وداع إلى الاشفاق على صيانة ماله وحفظ غيبته في بعده عن داره .

(٥) وبه يحل أن يستمتع كل واحد بالآخر من أجل إشباع رغبته الجنسية

بطريق منظم يحفظ الأنساب ويصون الأعراض عن الدنس .

(٦) وقد اجتمع فيه دواعي الشرع والعقل والطبع :

أما دواعي الشرع : فهي ظاهرة من الآيات الواردة في شأنه في الكتاب الكريم ، والسنة الشريفة والاجماع .

وأما دواعي العقل : فإن كل عاقل يجب أن يبقى اسمه ولا يمحي رسمه ولا يكون ذلك غالبا إلا ببقاء النسل .

وأما دواعي الطبع : فلأن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو إلى تحقيق ما أعد له من المباضعات الشهوانية ، ولا مزجرة فيها إذا كانت بأمر الشرع .

من هذا يتبين أن أهداف وأغراض التشريع الاسلامي من الزواج نبيلة سامية ، وأنه مظهر من مظاهر الرقي البشري ، وهذا ما يشير إليه قول الحق سبحانه **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾** [(١)] .

وقوله – صلى الله عليه وسلم – (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، فإن لم يستطع ، فعليه بالصوم فإنه له وجاء [(٢)] .

---

(١) الروم / ٢١ .

(٢) متفق عليه – سبل السلام ٣/١٠٩

حكم الزواج أوصفته الشرعية : [(١)]

[يقصد بصفته الشرعية : ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي ، وهو كون الزواج مباحا ، أو مندوبا ، أو واجبا ، أو فرضا ، أو مكروها أو حراما] . لهذا فإن الزواج لايأخذ حكما واحداً في جميع الحالات بل يختلف حكمه باختلاف الناس لأن منهم القادر على تكاليفه كما أن منهم من هو معتدل المزاج بالنسبة له ، فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لايستطيع ضبط نفسه منها – الفاحشة – إذا لم يتزوج ، ولأجل هذا الاختلاف يختلف حكمه ، وأحوال المكلفين بالنسبة لهذا خمسة ، بمعنى أن الزواج تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة :

(١) – فيكون الزواج فرضا : وذلك إذا تأكد المكلف من الوقوع في الزنا لو لم يتزوج ، وهو في الوقت نفسه يستطيع الإنفاق على الزواج ، ويعدل مع أهله إن تزوج ، لأنه في هذه الحالة قد تيقن الوقوع في الزنا إذ لم يتزوج ، وترك الزنا لازم لزوما لاشك فيه ، والزواج الذي لاظلم فيه لأحد لازم ومفروض ، لأنه من المقرر في الشريعة الاسلامية أن مالا يتحقق الفرض إلا به فهو فرض . إذاً يكون الزواج في هذه الحالة فرضا لا لذاته بل لأنه وسيلة إلى ترك المحرم فإذا لم يتزوج كان آثما ومستحقا للعقاب .

أما المرأة فإنه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها

---

(١) فتح القدير ٣٤١/٢ ، ٣٤٢ ، تبيين الحقائق ٦٤/٢ ، ٦٥ ، بداية المجتهد ٢/٢ . القوانين الفقهية ص ١٩٣ ، مغني المحتاج ١٢٥/٣ ، المغني ٤٤٦/٦ ، نظام الأسرة لأساتذة من كلية الشريعة والقانون ص ٢٧ ومابعدها .

إلا بالزواج .

(٢) – **ويكون واجبا** : إذا غلب على ظنه الوقوع في الزنا إذا لم يتزوج ،مع الملاحظة هنا أن الإلزام في هذه الحالة أقل من الإلزام في الحالة السابقة ، لأن اللزوم في الواجب أقل مرتبة من اللزوم في الفرض ،لأن الفرض أدلته قطعية ، وأسبابه قطعية ؛ أما الواجب فإن أدلته ظنية ، وأسبابه لاتنتج إلا ظنا ، وعلى هذا يكون الزواج عند ظن الوقوع في الزنا واجبا حينما يغلب على الظن الوقوع في الاثم بالترك ، مع مراعاة أن يكون المكلف قادرا على الزواج وإقامة العدل مع الزوجة .

(٣) – **ويكون الزواج حراما** : إذا كان المكلف لايستطيع الإنفاق على الزواج ويقع في الظلم قطعا إن تزوج والحرمة لا لذاته وإنما لما يترتب عليه من ظلم للزوجة وظلم الإنسان للإنسان حرام ، وكذلك يكون حراما إذا كان قادراً على نفقات الزواج ولكنه متأكد من الوقوع في الظلم ، والظلم هنا إما لزوجة واحدة يكون بهضم بعض حقوقها . أو يكون ظلما لإحدى زوجاته إذا أراد أن يعدد الزوجات ، وذلك بميله إلى واحدة منهن وإعراضه عن الأخريات .

(٤) – **ويكون الزواج مكروها** : إن كان المكلف يغلب على ظنه أنه يقع في الظلم إن تزوج ، خشية أن يؤدي إلى الظلم المتوقع إن تزوج .

وقد تعرض حالة على المكلف يقطع فيها بالزنا إن لم يتزوج ويقطع فيها بالظلم إن هو تزوج ؛ فماذا يكون الحكم ؟ فهل يغلب جانب الفرض أم يغلب جانب الحرمة ؟ بمعنى أنه يتزوج أو لايتزوج .

المُسلم به أن الإنسان حرام عليه أن يظلم غيره ، ولو كان هذا الغير زوجته ، وحرام عليه أيضا أن يزني .

وا لله حرم الظلم بقوله جل شانه في حديثه القدسي (ياعبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا ...) وحرم الزنا بقوله : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ [1] .

لذلك وجب على الشخص هنا ألا يتزوج لئلا يقع في الظلم ، ويجب عليه أيضا أن يمسك نفسه عن الوقوع في الزنا ، وهنا يلجأ إلى النهج النبوي الشريف الذي قال فيه – صلى ا لله عليه وسلم – (... ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) [2] .

فليس العلاج ترك محرم لارتكاب محرم آخر ، وإنما العلاج هو الصبر والعمل على كبح جماح شهواته ، وأن يعف نفسه عن الحرام ، ومن يصبر يصبره ا لله ومن يستعفف يعفه ا لله ، وعليه بعد أن يقاوم كلا المحظورين ، محاربة شهوته بشتى الوسائل ليتغلب عليها ، ويقاوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير ، وما يجده سهلا عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى بقي على كفه من التزوج ، وإن استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه ميلا إلى ترك الظلم تزوج .

---

(١) الإسراء / ٣٢

(٢) متفق عليه بخاري ومسلم سبل السلام ١٠٩/٣ وجاء أي صيانة له عن الوقوع في الشهوات

(٥) – وإن كان الشخص في اعتدال بمعنى أنه لايقع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشاه ، ولايقع في الظلم ولا يخشاه إن تزوج ، فإن جمهور الفقهاء يرون أن الزواج في هذه الحالة يكون سنة ومندوبا يحسن فعله ولا يأثم إن لم يفعل . والحق أن هذه الحالة الغالبة وأنها الأصل ، وغير ذلك أمور عارضة ، ولذلك قرر جمهور الفقهاء أن الأصل في النكاح أنه سنة أو مندوب أو مستحب ، والفرضية أو الوجوب او الكراهة أو التحريم كلها أمور عارضة ترفع النكاح إلى مرتبة اللزوم ، أو تنزل به إلى درجة المحرم .

١- هذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والجعفرية ، ووافقهم الحنابلة في المشهور عنهم وبعض الشافعية ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في أكثر من حديث من هذه الأحاديث :
قوله صلى الله عليه وسلم – (فمن رغب عن سنتي فليس مني) [1] فهذا الحديث يدل على أن الزواج سنة من سننه – صلى الله عليه وسلم – .

واستدلوا كذلك على سنية الزواج : بمداومة الرسول – صلى الله عليه وسلم – ومداومة أصحابه عليه ، ولو كان الزواج غير مطلوب – على سبيل الندب – لما فعلوه وداوموا عليه ، وقد أخرجه عن الوجوب قوله – صلى الله عليه وسلم في حديثه المشهور مخاطبا الشباب (... فمن لم يستطع فعليه بالصوم ...) فهذا يدل على أن الطلب ليس على سبيل الوجوب ، ولو كان على سبيل الوجوب ما خير رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بين الاتيان بالزواج وبين الصوم ، وكان الطلب منه على سبيل الإلزام .

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي (جامع الأصول ٢٠١/١) .

٢- أما ماذهب إليه بعض الشافعية والمتأخرون من المالكية : فهو أنه مباح وليس بسنة أي يجوز فعله وتركه ، وإذا تفرغ الإنسان للعبادة أو الاشتغال بالعلم كان أفضل من الزواج .

واستدلوا على هذا بقوله سبحانه - مدحا ليحي عليه السلام ﴿ **وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين** ﴾ [١] . والحصور هو الذي لايأتي النساء مع القدرة على إتيانهن فلو كان الزواج أفضل لما مدح بتركه ، ورد على هذا بأنه شرع من قبلنا ، وشريعتنا على خلافه واستدلوا أيضا بقوله سبحانه ﴿ **زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين** ﴾ [٢] . وقد جاء هذا في معرض الذم .

وإنما لم يجب لقوله سبحانه ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** ﴾ إذ الواجب لايتعلق بالاستطابة ، ولقوله سبحانه : ﴿ **مثنى وثلاث ورباع** ﴾ [٣] . ولا يجب العدد بالاجماع . واستدلوأ أيضا بأن الزواج من الأعمال الدنيوية مثل البيع ونحوه ، وهو ليس بعبادة ، والدليل على ذلك صحته من الكافر ، ولو كان عبادة لما صح منه ، ولكن المراد منه قضاء شهوة النفس ، والقيام بالعبادة عمل لله سبحانه والعمل لله سبحانه أفضل من العمل للنفس لذلك يكون الزواج مباحا مثل الأكل والشرب وغير ذلك .

ورد على ذلك بأنه وإن كان قد صح من الكافر ، مع كونه عبادة ، لأن فيه من عمارة الدنيا ، كعمارة المساجد وغير ذلك ، فإن هذه تصح من المسلم ، وهي منه

---

(١) آل عمران / ٣٩ .　　(٢) آل عمران / ١٤ .

(٣) النساء / ٣ .

عبادة ، ومن الكافر وليست منه عبادة ، ويدل على أنه عبادة أمر النبي – صلى ا لله عليه وسلم – والعبادة تتلقى من الشرع ، والزواج من قبيل العبادة لما يشتمل عليه من المصالح الكثيرة التي منها تحصين النفس وإيجاد النسل ، وقد قال صاحب الرسالة في شانه – صلى ا لله عليه وسلم – (وفي بضع أحدكم صدقة) [1] . ونظرا لضعف هذه الأدلة التي ذكرت للإمام الشافعي ، قال النووي : إن لم يتعبد فاقد الحاجة للنكاح ، واجد الأهبة (وهي مؤن الزواج من مهر وكسوة ونفقة يومه) فإن النكاح له يكون أفضل من تركه في الأصح ، حتى لاتفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش ، وقال : النكاح مستحب لمحتاج إليه يجد أهبته ، فإن فقدها استحب تركه ، ويكسر شهوته بالصوم ، فإن لم يحتج كره إن فقد الأهبة وإلا فلا يكره له لقدرته عليه .

٣– وأما ماذهب إليه الظاهرية : فهو أن الزواج في حالة الاعتدال فرض ، متى كان الإنسان قادرا عليه ، وعلى نفقاته .

واستدلوا على ذلك بظواهر النصوص بالكتاب والسنة الآمرة به التي تفيد الوجوب مثل قوله سبحانه ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع** ﴾ [2] . وقوله سبحانه ﴿ **وانكحوا الأيامى منكم ....** ﴾ [3] . ومن الأحاديث التي سبق ذكرها – أيضا (من استطاع منكم الباءة فليتزوج) .

فهذه النصوص يفهم منها الأمر بالزواج ، وصيغة الأمر في أصل وضعها للطلب اللازم ، فهي تدل على الفرضية مالم يكن هناك نص يفيد أن الأمر لغير الفرض

---

(١) من حديث ابي ذر عند مسلم ، وأوله : ذهب أهل الدثور بالأجور .

(٢) النساء / ٣ (٣) النور / ٣٢ .

والطلب اللازم ، ولم يكن هناك نص يدل على ذلك فتكون النصوص دالة على الفرضية .

ويزكي ذلك أحواله – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه حيث إنهم لازموا الزواج ، ولم يتركوه ومن تركه منهم كان لعجزه عن تكاليفه كبعض أصحاب الصفة ، ولو كان مندوبا لأثر عنهم الانقطاع عنه .

ويرد الجمهور :

أولاً : الأمر الوارد في قوله سبحانه ﴿ **فانكحوا ماطاب لكم من النساء** ﴾ مصروف عن الوجوب لأن الواجب لايتعلق بالاستطابة ، وأيضا هذه الآية مسوقة لبيان العدد المحلل من النساء لا لإيجابه ، إذ لو قلنا للإيجاب للزم أن تزوج العدد يكون واجبا وهذا لم يقل به أحد ، ولا يجب العدد بالإجماع . أما الآية الثانية : ﴿ **وانكحوا الأيامى منكم** ﴾ [1] . الأمر مصروف عنه بقوله – صلى الله عليه وسلم – في حديث الرهط (... الزواج من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني) [2] . وأيضا جاءت هذه الآية لبيان أن الفقر لايعد مانعا من الزواج بل يعتبر من أسباب الغنى ، قال – صلى الله عليه وسلم – (ثلاثة حق على الله إعانتهم : الناكح يريد العفاف ، والمكاتب يريد الأداء ، والغازي في سبيل الله) .

وأما ماروراه أحمد وغيره عن عَكّاف بن ودَاعة : أنه أتى النبي – صلى الله عليه وسلم فقال له : (ألك زوجة ياعكاف ؟ قال : لا ، قال : ولا جارية ؟ قال لا ، قال وأنت صحيح موسر ؟ قال : نعم والحمد لله، فقال فأنت إذا من إخوان الشياطين

---

(١) سبق تحقيقها .　　(٢) سبق تحقيقه .

: إن كنت من رهبان النصارى ، فالحق بهم ، وإن كنت منا فاصنع كما نصنع ، فإن من سنتنا النكاح ، شراركم عزابكم ، وإن أرذل موتاكم عزابكم) [1] . فهذا الحديث وإن استدل به من يفرض الزواج في حالة الاعتدال . فإنه يرد عليه : بأن إيجاب الزواج على شخص لايستلزم إيجابه على الناس جميعا ، لأن سبب وجوبه وجد في حقه ، دون غيره من الناس .

ثم إنه – صلى ا لله عليه وسلم – لم يؤثر عنه أنه حتم الزواج على كل فرد قادر أو توعده بالعقاب على تركه كما هو الشان في الفرائض الأخرى من الصلاة أو الحج والزكاة وغير هذا .

وأما استدلالهم بقوله – صلى ا لله عليه وسلم – (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ...) فقوله – صلى ا لله عليه وسلم – (فليتزوج) لم يرد منه الوجوب ، لأنه مصروف عنه بقوله – صلى ا لله عليه وسلم – (ومن لم يستطع فعليه بالصوم) فالأمر هنا ليس على حقيقته ، وانما هو أمر ندب وإرشاد ، وذلك بدليل ذكر الصيام في الحديث ، ولم يقل أحد من العلماء أن الصوم في هذا الحال واجب إذ لوكان الزواج لازماً للزم أن يكون الصوم لازماً ، ولم يقل به أحد .

والشريعة الاسلامية قد وصلت إلينا كاملة ولم يعد من فرائضها النكاح ، ولو كان فرضا لذكر بين الفرائض ، ولكان إهمال ذكره تقصيرا في البيان ومعاذ ا لله أن يكون هذا منه – صلى ا لله عليه وسلم – .

---

(١) قال الهيثمي : فيه راوٍ لم يسم ، وبقية رجاله ثقات .

ورأي الجمهور هو الراجح فالنكاح سنة ماضية ، وخلق من أخلاق الأنبياء . قال سبحانه ﴿ **ولقد ارسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية** ﴾ (١) .

فالزواج أحسن وسيلة لإنجاب الأولاد ، وتكثير النسل ، واستمرار الحياة مع المحافظة على الأنساب التي يوليها الاسلام عناية فائقة .

كذلك فقد نصت الأحاديث على سنيته (فمن رغب عن سنتي فليس مني) وإن كانت الآيات قد طلبت الزواج لكنه ليس على سبيل الفرض كما يقول الظاهرية لأن هناك من القرائن مايصرف الأمر به عن الوجوب إلى الندب ، وذلك مثل إرشاده – صلى ا الله عليه وسلم – للشباب الذي لايستطيع القدرة على الزواج بالصوم ، ولو كان واجبا لجعله – صلى ا الله عليه وسلم – واجباً على الناس والزمهم به ولكنه لم يلزمهم ولم يحتمه عليهم ، فقد تزوج بعض الصحابة في عهده – صلى ا الله عليه وسلم – ولم يتزوج البعض الآخر ، ولم ينقل عنه – صلى ا الله عليه وسلم – الزام غير المتزوجين بالزواج ، فكان الزواج مطلوباً على سبيل الندب والاستحباب .

ومادام قد ثبت أنه سنة عنه – صلى ا الله عليه وسلم – فلا يكون مباحاً أيضاً .

ونصت المادة – ٤ – من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون على أن (الزواج عقد شرعي ، بين رجل وامرأة ، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة ، برعاية الزوج ، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة) .

---

(١) الرعد /٣٨ .

المبحث الثاني
" فـــي الخطبـــة "

التمهيد : في كيفية الاختيار [1] :

دعا الرسول صلى ا الله عليه وسلم – كلا من الزوجين أن يختار شريك حياته على أسس قوية راسخة لاتزول ألا وهي الدين ، والخلق ، وقد بينت الأحاديث الصحيحية الأسس والصفات التي على أساسها يقبل الرجال علىّ الزواج من النساء .

(أ)– روى جابر بن عبد ا الله : أن النبي – صلى ا الله عليه وسلم – قال له : ياجابر تزوجت بكرا أم ثيبا ؟ قال : ثيبا ، فقال هلا تزوجت بكرا تلاعبها وتلاعبك) [2] .

(ب)– عن أبي هريرة – رضي ا الله عنه عن النبي صلى ا الله عليه وسلم – قال (تنكح المرأة لأربع – أي لأجل أربع – لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك) [3] .

• يؤخذ من الحديث الأول استحباب زواج الأبكار لحداثة سنها وحداثة عهدها بالزواج لما في الحديث من الحث على النكاح لهن ، وكذلك أيضا لأنها أرضى باليسير لقلة خبرتها .

• ويؤخذ من الحديث الثاني أن المرأة تنكح لأجل أربع : مالها ، وحسبها ،

---

(١) مغني المحتاج ١٢٦/٣ ومابعدها ، كشاف القناع ٧/٥ ، ٨ ، الشرح الصغير ٣٤١/٢ ، نظام الأسرة لأساتذة من كلية الشريعة والقانون ص ٤٨ ومابعدها . (٢) متفق عليه .

(٣) متفق عليه بين أصحاب الكتب السبعة – أحمد والكتب الستة – عن أبي هريرة – والحسب : هو فعل الجميل للرجل وآبائه ، سبل السلام ١١١/٣ .

وجمالها ، ودينها ، ولكن الذي ينبغي أن ننبه عليه بأن الذي جاء بالحديث – فاظفر بذات الدين – هو المعنى المهم الذي يجب أن نلتفت إليه ونهتم به لأن الرسول – صلى ا لله عليه وسلم –دعا على من يهمل هذا المعنى بقوله تربت يداك – بمعنى التصقت بالتراب وهو كناية عن الفقر ولو لم يكن هذا المعنى – أي ذات الدين – خطيرا ومهما ما كان الرسول – صلى ا لله عليه وسلم – قد دعا على من يهمله بهذه الدعوة .

وقد وقع في حديث عبد ا لله بن عمر ، وعند ابن ماجه رفعه (لاتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن – أي يهلكهن – ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة سوداء ذات دين أفضل) [1] أي افضل من الحرة . وهذا مثل قوله تعالى ﴿ **ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم** ﴾ [2] .

والرسول صلى ا لله عليه وسلم حينما يوجه الاهتمام إلى ذات الدين – لأنها هي التي سوف تكون عماد الأسرة التي من شأنها الإستمرار والدوام ، ولن يكون الدوام والاستمرار مع امرأة لا تراعي لله أمرا ولا تقف عند حدوده ولذلك يقول صلى ا لله عليه وسلم (ما استفاد المؤمن بعد تقوى ا لله خيرًا له من زوجة صالحة ، إن أمرها أطاعته ، وإن نظر إليها سرته ، وإن أقسم عليها أبرته ، وان غاب عنها حفظته في نفسها وماله) [3] . وقوله : (إنما الدنيا متاع ، وليس من متاع الدنيا شيء أفضل من

---

(١) أخرجه ابن ماجه والبزار والبيهقي من حديث عبدا لله بن عمر مرفوعا المرجع السابق .

(٢) البقرة من الآية ٢٢١ .

(٣) بنفس المعنى : أخرجه النسائي وأحمد عن أبي هريرة المرجع السابق .

المرأة الصالحة) [1] .

(جـ)- ومن الأمور التي ينبغي توافرها في المرأة أن تكون منجبة ويعـرف ذلـك بسلامة بدنها وبقياسها على مثيلاتها من أخواتها وعماتها وخالتها .

خطب رجل أمرأة عقيما لاتلد ، فقـال : يارسـول ا لله ، إنـي خطبـت إمـرأة ذات حسب وجمال وأنها لاتلد ، فنهاه رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم وقـــــال : (تزوجوا الولود الودود ، فإني مكاثر بكم الأمم يـوم القيامـة) [2] وكذلـك ممـا ينبغـي ملاحظته أن يكون هناك تقارب بين الزوج والزوجة من حيث السن والمركز الاجتمـاعي والمستوى الثقافي والاقتصادي .

ولذلك لما خطب أبوبكر وعمر رضي ا لله عنهما فاطمة بنـت رسـول ا لله صلـى ا لله عليه وسلم ، فقال إنها صغيرة ، فلما خطبها علي (زوجـها إيـاه) وكذلـك أيضـا مما يراعي في جانب الاختيار - إن أمكن - أن تكون أجنبية ، فإن ولدها أنجب .

هذه بعض المعاني التي أرشد الإسلام اليها ، ليتخذوها مريـدو الـزواج نبراسـا يستضيئون به ، ويسيرون على هداه .

وكما حث الإسـلام علـى اختيـار الزوجـة الصالحـة ، حـث الـولي أن يختـار لكريمته وأن يدقق في الاختيار ، فلا يزوجها إلا لمن له دين وخلق كريم ، فإن عاشرها عاشرها بالمعروف وإن سرحها سرحها بإحسان على وجه جميل وسبيل حســن امتثـالا لقوله تعالى: ﴿ **وعاشروهن بـالمعروف** ﴾ [3] وامتثـالا لفعلـه وقولـه صلـى ا لله عليـه

(١) رواه مسلم والنسائي وابن ماجه الترغيب والترهيب ٣/٤١ .

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه ، وابو داود والنسائي والحاكم وصحح اسناده عن معقل بن يسار .

(٣) سورة النساء من الآية ١٩ .

وسلم حيث يقول : (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي) [(١)] .

قال رجل للحسن . (قد خطب ابنتي جماعة فمن أزوجها ؟ قال : زوجها ممن يتقي الله فإن أحبها أكرمها ، وإن أبغضها لم يظلمها) .

وأظهر بيان في هذا قوله صلى الله عليه وسلم (إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) [(٢)] أي إن لم تزوجوا من هذه صفته ورغبتم في مجرد الحسب والمال كانت فتنة .

" تعريف الخطبة وبيان حكمها " [(٣)]

⭑ الخطبة لغة :-

هي مشتقة من كلمة " خاطب " مخاطبة وخطابا هو الكلام بين متكلم وسامع ، ومنه اشتقاق الخطبة - بضم الخاء - في الموعظة ، والخطبة - بكسر الخاء - طلب التزوج بالمرأة .

⭑ الخطبة شرعاً :-

هي طلب الرجل يد امرأة معينة ، خالية من الموانع الشرعية للتزوج بها مستقبلا ، أو هي التماس التزوج ، أو تواعد متبادل بالزواج . وعرفت المادة رقم - ١- من مشروع الإمارات الخطبة بأنها [ليست زواجا ومثلها الوعد بالزواج ...] وكذلك المادة رقم - ١ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون بانها : [الخطبة طلب

---

(١) رواه ابن حبان في صحيحه الترغيب والترهيب ٤٩/٣ .

(٢) رواه الترمذي وقال حسن ، الجامع الكبير ط مجمع البحوث العدد الخامس من الجزء الأول ص ٤٨٩ .

(٣) مغني المحتاج ١٣٥/٣ .

التزوج والوعد به] وواضح أن المعنى واحد .

★ الأصل في الخطبة :-

الأصل أن تكون الخطبة من الرجل ، فهو الذي يتقدم إليها أو إلى وليها ليتعرف كل من الزوجين على صاحبه حتى إذا أقدما على الزواج اقدما على هدي وبصيرة . فطبيعة المرأة ، وما جبلت عليها من حياء - بحكم فطرتها - يحول بينها وبين إبداء رغبتها في الزواج .

ولكن هل يصح أن تعرض المرأة نفسها على رجل للزواج منه ، أو هل يصح أن يعرض ولي المرأة ابنته أو أخته على رجل ليتزوجها ؟

وللإجابة على هذين السؤالين :

نقف أمام ما أثر عنه - صلى الله عليه وسلم - وعن صحابته الأطهار ، رضوان الله عليهم أجمعين .

(أ)- عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح :-

جاء في صحيح البخاري مانصه : عن ثابت البناني قال : (كنت عند أنس وعنده ابنة له) قال أنس : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تعرض عليه نفسها قالت : يارسول الله ، ألك بي حاجة ؟ فقالت بنت أنس : ما أقل حياءها ، واسوأتاه ، قال : هي خير منك ، رغبت في النبي - صلى الله عليه وسلم - فعرضت عليه نفسها) .

من هذا الحديث يتضح جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح سواء أكانت واثقة من موافقته أم لا .

وقد يقول قائل : هذا من خصوصياته صلى ا لله عليه وسلم ، ولهذا قال ابن حجر : قال ابن المنير في الحاشية : من لطائف البخاري أنه لما علم الخصوصية في قصة الواهبة أستنبط من الحديث مالا خصوصية فيه وهو جواز عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح رغبة في صلاحه فيجوز لها ذلك ، وإذا رغب فيها تزوجها على شرطه .
وقال ابن حجر : ويظهر لي أن صاحبة هذه القصة غير التي في حديث سهل .

ثم قال : وفي الحديثين جواز عرض المرأة نفسها على الرجل وتعريفه رغبتها فيه ولا غضاضة عليها في ذلك .

(ب)- عرض الانسان ابنته أو من هو ولي عليها على أهل الخير :-

فقد روى عمر بن الخطاب رضي ا لله عنه - أن ابنته حفصة - رضي ا لله عنها - قد توفى عنها زوجها ، وفي نفس الفترة توفيت زوجة عثمان - رضي ا لله عنه - رقية بنت رسول ا لله - صلى ا لله عليه وسلم - فعرض عمر ابنته على عثمان فأعرض عثمان عن ذلك لمعنى في نفسه ، أو لمعنى فهمه من النبي صلى ا لله عليه وسلم وعند ذلك وجد عمر في نفسه شيئا فعرض ماحدث على النبي صلى ا لله عليه وسلم فطيب رسول ا لله - صلى ا لله عليه وسلم - خاطر عمر وقال : إن ا لله زوج بنتك خيراً من عثمان وزوج عثمان خيراً من بنتك) .

يؤخذ من هذا الحديث جواز عرض الإنسان بنته وغيرها ممن له عليهم الولاية على من يعتقد خيره وصلاحه لما فيه من النفع العائد على المعروضة عليه ، وأنه لا استحياء في ذلك .

ويؤخذ منه كذلك انه لامانع من أن يزوج بنته الثيب من غير أن يستأمرها إذا علم أنها لاتكره ذلك وكان الخاطب كفءًا لها .

ونكرر ماسبق أن أوضحته من أن على الرجل الذي يختار المؤمنة القانتة لسعادته وسعادة أولاده ، فإنه يجب عليه أن يختار لكريمته ، فلا يزوجها إلا لمن له دين وخلق ، فإن عاشرها عاشرها بالمعروف ، وإن سرحها سرحها بإحسان .

★ **حكمها :-**

ذهب جمهور العلماء إلى أن الخطبة – بكسر الخاء – حكمها الندب والاستحباب ، جاء في تحفة المحتاج لابن حجر : وقيل : إنها سنة : وقيل إنها مستحبة .

ويرى بعض الشافعية أن الخطبة تحل إن حل النكاح وإلا فتحرم ، فلها حكمه وجوبا وندبا وكراهة وتحريما وجاء في حاشية الشرواني .... : أن حكمها سنة مطلقاً ، فادعاء أنها وسيلة للنكاح وأن للوسائل حكم المقاصد ممنوع باطلاقه لعدم صدق حد الوسيلة عليها إذ أن النكاح لم يتوقف عليها باطلاقها إذ كثيراً مايقع بدونها .

واستدل الجمهور على ندبها بما يأتي :-

أولاً: قوله صلى الله عليه وسلم (لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل) [1] . ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج الواهبة ولم يخطب وتزوج عائشة ولم يخطب .

ثانياً : لو كانت الخطبة قبل عقد الزواج واجبة لتحتم أن يسبق كل زواج خطبة ، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة .

وذهب بعض الظاهرية إلى القول بوجوبها ، مستدلين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

---

(١) رواه البيهقي عن عمران عن عائشه الجامع الصغير ٢/٣٦٥ .

أولاً: (كل أمر ذي بال لايبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع) [1] .

ثانياً : (كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجزماء) رواهما بن المنذر .

ويرد عليهم :

أولاً: بالحديث السابق وغيره مما ذكر سابقا .

ثانياً : ما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لاعلى الوجوب . وسبب الخلاف بين الجمهور والظاهرية هو فعله – صلى ا الله عليه وسلم – في ذلك ، فمن حمل فعله صلى ا الله عليه وسلم على عدم الوجوب قال : بأن الخطبة قبل عقد الزواج مندوبة ، ومن حمله على الوجوب قال : إنها واجبة .

★ من تباح خطبتها [2] :–

يتضح بعد ذلك أن الخطبة مقدمة لعقد الزواج فهي وسيلة لغاية فإذا كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة .

لذلك اشترط الفقهاء فيمن تباح خطبتها شرطين :–

أولاً: أن تكون خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجه منها في الحال .

ثانياً: ألا يسبقه غيره إليها بخطبة شرعية .

ومن أجل أن نتعرف على هذين الشرطين وما يتعلق بهما ينبغي أن نعرض لآراء الفقهاء وأدلتهم .

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه عن أبي هريرة كشف الخفاء ومزيل الإلباس ١٧٤/٢ .

(٢) البدائع : ٢٥٦/٢ ، ٢٦٨

قرر الفقهاء أنه لاتجوز خطبة إمرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا سواء أن كان هذا التحريم عن طريق النسب أو الرضاع أو المصاهرة كأخته ؛ وعمته ، وخالته ، من النسب أو الرضاعة ؛ وكذلك زوجة الأب أو الابن ؛ وأم الزوجة أو ابنتها وسائر المحرمات على سبيل التأقيت ، كأخت الزوجة أو زوجة الغير ، أو معتدة غيره .

والسبب في عدم الجواز أن الخطبة وسيلة إلى الزواج ؛ والزواج بالمحرمات محرم ؛ إذا فالوسيلة إلى الحرام حرام .

★ خطبة المعتدة [1] :-

إذا كان تحريم خطبة الأخت وما عطف عليها وزوجة الغير من الوضوح بحيث لايخفي حكمها على الخاص والعام فلم يبق معنا إلا أن نتعرض بشيء من التفصيل والتوضيح لخطبة المعتدة لأن حكمها قد يخفى على كثير من الناس .

لذلك فقد عني الفقهاء بتقسيمها وتوضيح كل قسم توضيحا جلياً ، حتى يكون المؤمن على بينة من أمر دينه يتجنب المحرمات ويبتعد عن الشبهات .

لذلك سوف أحاول - بمشيئة الله تعالى - قدر جهدي توضيح هذه الآراء .
يقصد بالمعتدة : المرأة التي هي في فترة العدة .

والمعتدة : لايخلو حالها من أمرين : معتدة من وفاة أو معتدة من طلاق .

والمعتدة : من طلاق قسمان : معتدة من طلاق رجعي ، ومعتدة من طلاق بائن

---

(١) بدائع الصنائع : ٢٦٨/٢ ومابعدها ، الدر المختار : ٣٨٠/٢ ، ٧٣٨ ، مغني المحتاج : ١٣٥/٣ ومابعدها ، كشاف القناع : ١٧/٥ ، أحكام القرآن الكريم للجصاص : ٤٢٢/١ ، القوانين الفقهية ٢٠٥ ، المهذب : ٤٧/٢ .

أما المعتدة من طلاق رجعي : فتحرم خطبتها تصريحاً أو تعريضاً ، لأنها لم تخرج من عصمة زوجها وحقه في مراجعتها قائم ، ومن حقه أن يراجعها في أي وقت قبل انتهاء العدة رضيت أم كرهت ، فخطبتها كخطبة الزوجة تماماً ، وبما أن زوجة الغير من المحرمات بنص القرآن الكريم ، قال تعالى عطفا على المحرمات : ﴿ **والمحصنات من النساء** ﴾ [(١)] . أي وحرم عليكم من الأجنبيات المحصنات وهن ذوات الأزواج .

فإذا حرمت الغاية وهي الزواج حرمت بالتالي الوسيلة وهي الخطبة لأن القاعدة الشرعية تقول : كل ما أدى إلى الحرام يكون حراما .

ولما في ذلك من إيذاء زوجها وإثارة الشحناء بينه وبين من خطبها ، ولايجوز ذلك حتى لو أذن الزوج في تلك الخطبة لأن حق الشارع في المنع قائم فلا يجوز اهداره ، وكذلك فإن خطبة المعتدة من طلاق رجعي فيها اعتداء على حق الزوج – كما وضح سابقا – والاعتداء على حق الغير ممنوع شرعا قال تعالى : ﴿ **ولا تعتدوا إن ا لله لايحب المعتدين** ﴾ [(٢)] .

وأما المعتدة من وفاة فتباح خطبتها تعريضا وتحرم تصريحا باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به ، من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم ا لله أنكم ستذكرونهن ولكن لاتواعدوهن سرا إلا أن تقولو قولاً معروفا ، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، واعلموا أن ا لله يعلم مافي أنفسكم فاحذروه ، واعلموا أن ا لله غفور حليم** ﴾ [(٣)] .

---

(١) النساء من الآية ٢٤ .　　(٢) البقرة من الآية ١٩٠ .

(٣) البقرة الآية ٢٣٥ .

والمراد بالنساء في هذه الآية : المعتدات لوفاة أزواجهن لأنها جاءت عقب قوله : ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف وا لله بما تعملون خبير ﴾ (١) .

والسبب : في إباحة خطبة المعتدة من وفاة زوجها تعريضا أثناء العدة أمران :

الأمر الأول : ورود هذا النص القرآني الكريم السابق وفيه ينفي ا لله تبارك وتعالى الإثم والجناح على من يقوم بخطبة المرأة المتوفي عنها زوجها أثناء عدتها تعريضا دون تصريح .

الأمر الثاني : أن صلة الزوجية قد انقطعت تماما بموت الزوج فلا أمل بعودة الحياة الزوجية مرة أخرى ، وبالتالي فلا يوجد الزوج حتى يتضرر من هذه الخطبة ولم يبق له حق يتعلق بزوجته التي مات عنها .

ويرى بعض العلماء : أن في هذا عزاء للمرأة التي توفى عنها زوجها حيث يجدد لها الأمل من جديد في حياة زوجية كريمة .

وأما السبب: في منع خطبتها أثناء العدة تصريحا فلما يأتي :

أولاً: مراعاة حق الزوج وحق العشرة ، ولأن كون الزوج قد مات فلا أقل من أن تظهر أسفها وحزنها أثناء العدة على شريك حياتها ووالد أولادها . وفي الوقت نفسه تلزم بيتها وتبتعد عن الزينة .

ثانياً: المحافظة على شعور أهله وأقاربه وورثته من جانب وأصدقائه المقربين

---

(١) البقرة : ٢٣٤ .

من جانـب آخر .

وواضح مما سبق – أن الأمر لم يتوقف عند حد الرجـاء وحـق العشـرة وحسـن الخلق ، بل تعداه الى أمر سماوي وتشريع إلهي وهدي نبوي حتى لايكون لأحد الخيار في أمر ا لله ورسوله قال تعالى : ﴿ **وما كـان لمؤمـن ولا مؤمنـة إذا قضـى ا لله ورسـوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومـن يعـص ا لله ورسـوله فقـد ضـل ضـــلالا مبينا** ﴾ [1] .

ماهو التصريح والتعريض :؟

التصريح هو أن يذكر الخاطب لفظا لايحتمل سوى معنـى الخطبـة كقولـه لـن يرغب الزواج بها : أريد أن أتزوجك أو أريد زوجة لي أو أرغب في زواجك ، أو يقـول لولي المرأة أنا راغب في الزواج من إبنتكم أو كريمتكم .

وأما التعريض فهو خلاف التصريح من القول ، وهو أن يذكر المتكلم شيئاً يدل به على شيء لم يذكره . مثل أن يقول : إني أريد التزويج وإنَّكِ علي لكريمة .

ومن التعريض – أيضا – أن يمدح الإنسان نفسـه ، ويذكـر مـآثره علـى وجـه التعريض بالزواج ، وقد حدث هذا من محمد بن الحسن حينما دخـل علـى مـن توفـى عنها زوجها فقال : قد عرفت قرابتي من رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – ومـن علي وموضعي من العرب ، فقالت غفر ا لله لك يا أبا جعفر ، أنت رجل يؤخـذ عنـك تخطبني في عدتي ؟ قال : إنما أخبرتك من قرابتي من رسول ا لله – صلـى ا لله عليـه وسلم – ومن علي . بهذا يكون التعريض [2] ، لذلك استطاع – رضـي ا لله عنـه – أن

---

(١) الأحزاب آية ٣٦ .

(٢) وهو وضوح عرض الخطبة مع أن ظاهر اللفظ لسواها .

يتنصل من تبعة القول سريعا خشية أن يتحول التعريض إلى تصريح .

وقد دخل رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة ، فقال : (لقد علمت أني رسول ا لله وخيرته وموضعي في قومي) وكانت تلك خطبته – صلى ا لله عليه وسلم – .

والفرق الآخر بين التعريض والتصريح هو : أن الخطبة بطريق التعريض جائزة في عدة المتوفي عنها زوجها قولاً واحداً ، وممنوعة – أيضا – قولاً واحداً في عدة الرجعية ، وخلاف في عدة البائن كما سيأتي – بمشيئة ا لله تعالى – أما الخطبة بطريق التصريح أثناء العدة ، فذلك – أيضا – ممنوع في الجميع قولاً واحداً ، وعلة المنع من التصريح في العدة أن ذلك ذريعة الموافقة في العدة التي هي محبوسة فيها على ماء الميت أو المطلق .

خطبة المعتدة من طلاق بائن :–

أما المعتدة من طلاق بائن ، فذهب فقهاء الحنفية وقول عند الشافعية إلى عدم جواز خطبتها بطريق التعريض ، لأن جواز التعريض جاء في المتوفي عنها زوجها دون سواها ، بنص القرآن كما سبق – إذاً يبقى الباقي على أصل المنع سواء كانت بينونة صغرى ، أو كبرى قياسا على المعتدة من طلاق رجعي .

لذلك ذهب الأحناف الى الاستدلال على رأيهم بما يأتي :

أولاً: قوله سبحانه **﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾** [1] خاص بالمتوفي عنها زوجها ، وليس عاما كما يذكرون ، بدليل أن هذه

---

(١) البقرة من آية ٢٣٦ .

الآية جاءت مباشرة ، عقب قوله سبحانه ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ [1] .

ثانياً: القياس على المتوفي عنها زوجها ، قياس مع الفارق ، لأن الحياة الزوجية مع الوفاة قد انهدمت تماما وانتهت إلى غير رجعة ، فإن حدثت خطبة بالتعريض للمعتدة من وفاة ، فلا يترتب عليها أذى ، ولا اعتداء على أحد ، بخلاف المعتدة من طلاق بائن فمن الممكن عودة الحياة الزوجية إلى حالتها الأولى إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى ، لأن الطلاق في هذه الحالة وإن كان يزيل ملك الزوج في الاستمتاع ، لكنه لايزيل الحل بمعنى أنه يجوز له أن يعيدها الى عصمته مرة أخرى بعقد ومهر جديدين بشرط أن تبارك المرأة هذه العودة وترضى بها ، وهذا كاف في منع خطبتها لئلا يؤدي ذلك إلى إثارة البغضاء والشحناء بين مطلقها وخاطبها .

ثالثاً: عدة المتوفي عنها زوجها لاتخلوا من أحد أمرين : إما أن تكون حاملاً أو غير حامل ، فإن كانت الأولى فعدتها بوضع الحمل ، وإن كانت الثانية فعدتها أربعة أشهر وعشراً ، وفي كلتا الحالتين الأمر واضح .

أما المعتدة من طلاق ، فعدتها غالبا ثلاثة قروء ، والقول قولها في انتهاء العدة ، فربما لو عرض لها خاطب أدى ذلك الى كذبها .

رابعاً: من الأمور التي تختلف فيها المعتدة من وفاة عن المعتدة من طلاق بائن ، أن المعتدة من طلاق بائن تمكث في منزل الزوجية ولا تخرج منه ، ولا يدخل عليها أحد بغير إذن مطلقها ، حتى تنتهي العدة بخلاف المعتدة من وفاة فهي لاتلزم

---

(١) النساء من الآية ٢٤ .

منزل الزوجية ، والخطبة تقتضي الرؤية لأجل هذا منع الحنفية التعريض بالخطبة في هذه الفترة .

وذهب المالكية والحنابلة ، وقول عند الشافعية إلى جواز خطبتها بطريق التعريض . قياسا على المتوفي عنها زوجها ، واستدلالا بعموم قوله سبحانه ﴿ **ولاجناح عليكم فيما أعرضتم به من خطبة النساء** ﴾ (١) .

فذلك راجع الى كل ماتقدم من المتوفي عنهن أزواجهن والمطلقات ، وكذلك فإن إباحة خطبتها بطريق التعريض ليس فيه اعتداء على حق المطلق لاشتراك المعتدة من طلاق بائن مع المعتدة من وفاة في انقضاء الحياة الزوجية ووضع حد لنهايتها .

وقد ثبت أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما طلقت فاطمة بنت قيس قد أباح خطبتها بطريق التعريض ، وهي في عدة الطلاق الثلاث .

أخرج مسلم في صحيحه من حديث فاطمة بنت قيس أن معاوية بن أبى سفيان وأبا الجهم خطباني فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أما أبو الجهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لامال له ، انكحي أسامة بن زيد فكرهته ، ثم قال : انكحي اسامة فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به) (٢) .

وهذا من أقوى الحجج التي استند إليها جمهور الفقهاء لإثبات دعوتهم وتقوية حجتهم .

وبعد هذا العرض لرأي الفريقين أستطيع أن أقول : بأنه ينبغي التفريق بين المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى ، فإن كانت الأولى فلا يصح

---

(١) سبق تحقيقها .

(٢) سبق تحقيقه .

لها التعريض ، لأن الحياة الزوجية – كما سبق – لم تفصم عراها نهائيا ، فمن حق الزوج أن يعيد زوجته برضاها بعقد ومهر جديدين ولا يخفى ماسوف سيترتب على هذا – أي إذا حدث التعريض – من شحناء وخلافه أما إن كانت معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى ، والمعروف أنه يزيل الحل والملك معا ، بمعنى أنه لايحل للمطلق أن يعيد زوجته مرة أخرى حتى تنكح زوجا غيره ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله** ﴾ (١) .

ولما كان المطلق طلاقا بينونة كبرى لايستطيع إعادة الزوجة مرة أخرى حتى تتزوج بآخر ، فلا مانع إذا أن يكون هناك تعريض بالخطبة .

★ الخطبة على الخطبة (٢) :–

قد يتوفر الشرط الأول في المرأة التي تباح خطبتها ، وهي أن تكون خالية من الموانع الشرعية بحيث يصح الاقتران بها في الحال ، وقد وضح هذا فيما سبق .

ولكن قد يعرض لها عارض ، وهو أن غيره سبقه إلى خطبة تلك المرأة وهذا الصنيع يجعلها ممنوعة من الناحية الدينية منتجة لأثرها من الناحية القضائية . وديننا الحنيف قد وضع قيوداً ، وشروطاً في جملتها من صالح البشر ، وحتى لايظلم انسان انسانا ، ولا يسبب له حرجا ، ولا ألما جسيا أو نفسيا ، وهذه سمات المجتمع الصالح التي ينبغي توافرها في أفراده .

---

(١) البقرة آية ٢٣٠ .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٧٨ ، المهذب ٤٧/٢ ، الشرح الصغير ٣٤٢/٢ ومابعدها ، المغني ٦٠٧/٦ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٥ .

يقول صلى الله عليه وسلم (ترى المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد ...) ويقول صلى الله عليه وسلم (كل المسلم على المسلم حرام ، دمه ، وماله ، وعرضه ، فلا يظلمه ولا يسلمه)[1] .

ولهذا فقد وردت الأحاديث الصحيحة التي تنهي عن الخطبة على الخطبة ومنها :

١- روى أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : (المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر)[2] .

٢- وروى البخاري عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : [لايخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك] .

فهذان الحديثان يفيدان تحريم الخطبة على الخطبة ، فإذا ماتقدم رجل وخطب امرأة ، فلا يصح شرعا أن يتقدم رجل آخر لخطبة تلك المرأة حتى ينكشف الأمر ويتضح الموقف بالنسبة للخاطب الأول .

فالواضح من هذه الأحاديث أن الخطبة على الخطبة حرام ، سواء أجيب الخاطب أم لا ، والصحيح أن هذا الظاهر غير مراد ، وإنما المراد هو من أجيبت خطبته وقبلت رغبته ، أما من رفضت خطبته فلا يشملها النهي ، ومثلها ما إذا أذن الخاطب الأول للثاني كما صرحت بعض الأحاديث ، لأننا لو منعنا خطبتها لغير.

---

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة كشف الخفاء ومزيل الالباس ٢/١٨٣ .

(٢) ولكن يستثنى من ذلك بيع المزايدة ، رواه أحمد ومسلم عن ابن عمر نيل الأوطار ٥/١٦٧ ، ١٦٨ . سبل السلام ٣/٢٢ ، ٢٣ ، ١١٣ .

الأول لألحقنا بها الضرر البالغ ، وهذا ما لا يقصده الشارع . لأن الخطبة في هذه الحالة لاتسمى خطبة على خطبة ، لأن المرأة لاتسمى حينئذن مخطوبة للخاطب الأول .

والمخطوبة لايخلو حالها من ثلاث حالات :

أحدها : أن تسكن إلى الخاطب فتجيبه ، أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه ومعنى هذا أن الخطبة إذا ما صادفت استجابة أولياء المخطوبة أو منها إن كانت أهلا لذلك ، ففي هذه الحالة ، يحرم على غير خاطبها خطبتها للأحاديث السالف ذكرها ، ولأن في ذلك إفسادا على الخاطب الأول ، وإيقاع العداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك – كما سبق – والنهي عند الجمهور ، أصله التحريم إلا لدليل يصرفه عنه ، وادعى النووي الإجماع .

ثانياً: أن ترده ، وترفض خطبته ، أو يترك هو خطبتها ، أو يأذن الخاطب الأول للثاني و لايحدث بينهم ركون وود وتفاهم .

ففي هذه الحالات ينبغي ألا نفهم منها عدم الخطبة ، أو لايتقدم لخطبتها أحد ، وإلا لحق بها ضرر ، وظلم ، وفساد ، لايرضى به الشارع ولم يقصده .

والدليل على أن الخطبة على الخطبة لاتحرم إلا بعد الإجابة ماروته فاطمة بنت قيس من أنها – أتت النبي – صلى الله عليه وسلم – تستشيره ، فيمن تنكحه ، وقالت له : إن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم بن هشام خطباني ، قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : (أما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لامال له فانكحي أسامة بن زيد) [1] .

---

(١) سبق تحقيقه .

فهذا يدل على أن الحرمة مشروطة بالركون للخاطب الأول ، وإلا لما أمرها أن تنكح أسامة بن زيد ، بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها .

وجه الاستدلال من الحديث إنها لما أخبرته بخطبتها فإن كان مجتمعين فقد خطب أسامة على خطبتهما . وإن كان متعاقبين فالثاني خطب على خطبة الأول ، وأسامة خطب على خطبته ، ولكن إرشاده – صلى ا لله عليه وسلم – إياها الى أسامة صريح في الجواز .

ثالثاً: التردد بين الرفض والقبول ، والسكوت ، ففي هذه الحالة لم ترفضه صراحة ولم تقبله صراحة ، مما جعل الفقهاء يختلفون في هذه الحالة الى فريقين .

الفريق الأول : ذهب إلى القول بعدم التسرع من جانب الخاطب الثاني ، لأن خطبة الأول مازالت موجودة وإن كانت في حالة تجمد – إن صح التعبير – فهي تعد مخطوبة ، وهو يعد خاطبا ، ثم إن ظاهر الأحاديث في هذا الموضوع يرجح هذا الرأي ، قال صلى ا لله عليه وسلم : (لايخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يذر) [1] . ومرة أخرى يقول : (حتى ينكح أو يترك) ومرة ثالثة يقول صلى ا لله عليه وسلم : (حتى يترك الخاطب قبله ، أو يأذن له الخاطب) مما يفيد أهمية البت في الخطبة الأولى .

وهذا السكون من جانبها وإن لم يكن دالاً على الرضا بالخاطب ، فهو في نفس الوقت لايدل على الرفض لاحتمال وجود أصل الرغبة ، فإباحة الخطبة الثانية في هذه الحالة قد يترتب عليها زوال تلك الرغبة ورفض خطبة الأول ، وهو نوع اعتداء

---

(١) سبق تحقيقه .

عليه والله لايحب المعتدين .

الفريق الثاني: وهو لبعض الشافعية :

يرى هذا الفريق : جواز الخطبة من الثاني في هذه الحالة لأن السكوت في معنى الرفض الضمني ، ولأن خطبة الأول مع التردد لم تتم ، فيعتبر هذا رفضا ، وبالتردد لم يثبت له حق حتى يكون ثمة اعتداء عليه ، فإن غضب فبغير حق .

قال صاحب المهذب : (وإن لم يصرح له بالإجابة ولم يعرض عنه لم يحرم على غيره مستدلاً بحديث فاطمة بنت قيس) .

وبعد أن اتضح فيما سبق حكم الإجابة بالتصريح ، وحكم الرفض ، وحكم التردد بين القبول والرفض ، ونريد أن نتعرف الآن على حكم ما لو أجيب الخاطب الأول من المرأة أو وليها بطريق التعريض ، كقولها : لارغبة عنك ، فهل يصح لغيره أن يخطبها ؟

انقسم الفقهاء في ذلك الى فريقين :

الفريق الأول :-

ذهب الحنابلة في المشهور عندهم ، وقول عند الشافعية ، إلى القول : بأنه لايصح أن يتقدم أحد لخطبتها في هذه الحالة ، محتجين بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : (لايخطب أحدكم على خطبة أخيه) .

وقالوا : إن الركون يستدل عليه بالتعريض تارة ، وبالتصريح أخرى وقد وجد منها مايدل على الرضا به ، وسكونها إليه ، ولهذا فقد حرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك ، لأن جواز خطبتها من رجل آخر فيه إفساد لما تقارب بينها وبين الخاطب الأول ، وهذا لايجوز .

الفريق الثاني :-

ذهب الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية إلى القول بأنه لامانع شرعا ؛ في حال الإجابة بطريق التعريض للخاطب الأول ، أن يكون هناك خاطب آخر ، لأنها لم يحدث بينها وبين الخاطب الأول سكون ، ولا تقارب ، مستدلين على ذلك بحديث فاطمة بنت قيس .

وقالوا : بأن الثابت أن الحرمة توجد حيث يوجد التصريح ، وقد علم أنها لم تجب الأول صراحة ، فلا حرمة .

ماذا لو كان الخاطب الأول غير صالح ، أو غير مسلم ؟ .

يرى الإمام أحمد والأوزاعي وبعض الشافعية : أن محل التحريم إذا كان الخاطب مسلماً ، فلو خطب الذمي ذمية ، فأراد المسلم أن يخطبها ، عند من يجوز نكاحها ، جاز له ذلك استدلالا بقوله – صلى الله عليه وسلم – :من حديث عقبة بن عامر عند مسلم (المؤمن أخو المؤمن فلا يحق للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر) [1] ولا أخوة بين المسلم والكافر فهي مقطوعة .

وأما ماذكر من حديث ابن عمر عن إفادته العموم والاطلاق فإن هذا الاطلاق مقيد بما جاء في قوله – صلى الله عليه وسلم – : (على خطبة أخيه) .

قال بن قدامة فإن كان الخاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال : لايخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه ، إنما هو للمسلمين .

---

(١) سبق تحقيقه .

وذهب جمهور الفقهاء : إلى القول بأن الخطبة على الخطبة ممنوعة مطلقا سواء كان الخاطب الأول كافراً أو مسلما ، وعلى ذلك ينبغي إلحاق الذمي بالمسلم في حرمة خطبته .

وأن التعبير – أخيه – خرج مخرج الغالب ، فلا مفهوم له وهو كقوله تعالى : ﴿ **ولا تقتلوا أولادكم** ﴾ (١) . وكقوله ﴿ **وربائبكم اللاتي في حجوركم** ﴾ (٢) .

أما الفاسق : فقد نقل عن بن القاسم صاحب مالك أن الخطبة على الخطبة ، لاتحرم إلا إذا كانت راكنة لصالح ، وأما الراكنة للفاسق ، فلا تحرم خطبتها ، إن كان الثاني صالحا أو مجهولا وإلا حرم .

والحكمة في ذلك : أي من جواز الخطبة على الفاسق واضحة ، لأنه غير أمين على نفسه ، فكيف يؤتمن على غيره إذ فاقد الشيء لايعطيه ، وجواز خطبة الصالح على خطبته إنقاذ لها من شروره ، وتخليص لها من ظلمه فأمثال هؤلاء ليسوا أهلا لهذه النعمة التي قال ا لله فيها ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة** ﴾ (٣) .

وقد نصت المادة رقم – ٢ – من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على أن : [تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتا ويجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة والمبانة] أما مشروع الإمارات فإنه لم يتعرض لهذا .

---

(١) الإسراء من الآية ٣١ .

(٢) النساء من الآية ٢٣ .

(٣) الروم آية ٢١ .

أثر الخطبة المحرمة في العقد عند الفقهاء (١)

إذا خطب رجل امرأة لاتجوز له خطبتها شرعا فإنه يكون آثما باتفاق الفقهاء ، وذلك لمخالفته مانهى الشارع عنه ، فلو أن رجلا خطب امرأة سبقه غيره الى خطبتها ، وبعد أن ركن الأول إليها وركنت اليه ، ثم عقد الثاني العقد وتزوجها ، رغم أن النهي صريح في هذا الشأن ، فهل يكون لهذا النهي أثر في صحة العقد ؟ **للفقهاء ثلاثة أقوال في ذلك :-**

١- ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أن هذا النهي لايؤثر في العقد قضاءً بمعنى أن القاضي لايحكم بفسخه فإنه ربما يكون قد استوفى أركانه وشروطه ، وإنما أثره هنا يكون من الناحية الدينية فقط ، لأنه فعل مانهى عنه الشارع فعقابه أخروي ، وذلك لأن النهي إنما هو عن الخطبة والخطبة أمر آخر غير العقد وليست ركنا من أركانه ، ولا شرطا من شرائط صحته ، فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة لانه لاملازمة بين كون النهي للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو - أي النهي عن الخطبة - عندهم للتحريم ولا يبطل العقد .

قال صاحب المهذب : (فإن خطب على خطبة أخيه في الموضع الذي لايجوز فتزوجها صح النكاح لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد) .

وقد جعلوا له نظيراً في عدم تأثره في صحة العقد ، وهو أن من اغتصب ماءً ،

---

(١) مختصر الطحاوي ص ١٧٨ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣/٢ ، المهذب ٤٧/٢ ، الشرح الصغير ٢/ ٣٤٢ وما بعدها ، المغني ٦٠٧/٦ ، مطالب أولو النهى في شرح غاية النهى ٢٦/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٥ .

ثم توضأ به فإنه تصح به الصلاة ، ولكن يأثم بالاغتصاب ، فالإثم اتصل بالوسائل ولم يصب العقد .

٢- ذهب داود الظاهري إلى أن العقد فسد في هذه الحالة ، ويجب فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده ، وقالوا بأن النهي منصب على الغاية وهو الزواج ، وليس على مجرد الخطبة لأنها وسيلة الى الزواج ، وبما أن الخطبة باطلة من أساسها فإن العقد باطل كذلك .

وقالوا أيضا ، بأن النهي في الخطبة على الخطبة ، ثابت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – والنهي يدل على فساد المنهي عنه .

ويرد على ذلك :بأن فساد الخطبة لايترتب عليه فساد العقد ، فهي لاتعدو أن تكون وسيلة ومقدمة غير لازمة له ، فليس كل عقد تسبقه خطبة ، وليس كل خطبة تلحق بعقد ، فلو أن رجلا عقد على إمرأة مباشرة دون خطبتها . فإن العقد يكون هنا جائز شرعاً .

٣- وللمالكية في هذه المسألة ثلاثة أراء :-

الأول : يقولون : بأن العقد صحيح مثل رأي الجمهور وهذه رواية غير مشهورة عنهم .

الثاني : يقولون : بأن العقد باطل ، كرأي الظاهرية ، ويفسخ مطلقا . قبل الدخول وبعده .

الثالث : وهو الرأي المشهور عنهم فقد فرقوا بين حالتي الدخول وعدمه . فإن عثر على هذا العقد قبل الدخول فسخ العقد . وإن لم يعثر عليه إلا بعد الدخول . فالعقد يمضي . ولا يفسخ . لتأكد العقد بالدخول . فلا يجوز فسخه لما يترتب عليه

من أضرار .

والذي أختاره هو ما ذهب إليه الجمهور لإنه الراجح ، لأن الخطبة ليست ركنا من أركان عقد الزواج ، ولا شرطا من شروط صحته ، ولإن كانت الخطبة على الخطبة منهيا عنها شرعا ، والخاطب الثاني آثم باتفاق الفقهاء ، وأن النهي للتحريم ، لكن لا أثر لهذا الاثم في صحة العقد ، ولا ملازمة بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد .

وحيث أن الثابت أن الخطبة غير ملزمة ، فإن الرجوع عنها جائز شرعا ، ومن حق كل طرف من طرفي الخطبة أن يرجع عنها إذا تأكد له أن مصلحته أو مصلحة من في ولايته يقتضي ذلك وهذا كاف في عدم لزومها .

★ النظر الى المخطوبة :- (١)

ينبغي على من يريد الزواج بامرأة أن يتعرف على أخلاقها وصفاتها ، كما ينبغي للمرأة أيضا أن تتعرف على أخلاق من يريد الزواج بها ليكون كل منهما على بينة من الآخر قبل الاقدام على عقد الزواج وطريق التعرف على الجانب الخلقي هو البحث والتحري وسؤال المخالطين والواقفين على دخائلهما .

وأما بالنسبة للصفات الخلقية ، والأوصاف الحسية ، كجمال الخلقة وحال الجسم من الامتلاء والنحافة . وغير ذلك فيكون بنظر كل منهما للآخر ورؤيته .

---

(١) الكتاب مع لباب ١٦٢/٤ ، مغني المحتاج ١٢٨/٣ ، كشاف القناع ٩/٥ ١٥ . المغني ٥٢٢/٦ ٥٦٣ ، الشرح الصغير ٢٨٨/١ ومابعدها ، أحكام القرآن للجصاص ٣١٨/٣ ، أحكام القرآن لابن عربي ١٣٦٢/٣ .

وهذا يقتضي الحديث عن :

أولا : حكم النظر إلى المخطوبة .

ثانيا : المواضع التي يجوز النظر اليها .

ثالثا : حكم الخلوة بها .

أولاً : حكم النظر إلى المخطوبة :

حرمت الشريعة الاسلامية النظر إلى المرأة الأجنبية – غير المحرم – لأن النظر مظنة الفتنة ، ومحرك للشهوة ومعلوم ان النظر المحرم هو ماكان لعورة المرأة ، وهي ماعدا الوجه والكفين [1] قال سبحانه ﴿ **قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ، ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم ...** ﴾ [2] وقوله صلى ا لله عليه وسلم لعلي بن أبى طالب : (ياعلي لاتتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى ، وليست لك الآخرة) [3] .

ولكنها – أي الشريعة – أباحت النظر إلى المخطوبة مع كونها أجنبية وذلك تحقيقا لغايتها ، وقطعا للنزاع الذي يكون بعد العقد .

بل ندب الشارع ورغب في النظر إليها مبينا الحكمة في ذلك .

يقول – صلى ا لله عليه وسلم – للمغيرة بن شعبة حينما خطب امرأة ليتزوجها : (أنظرت إليها ؟ فيقول المغيرة : لا ، فيعلمه – صلى ا لله عليه وسلم – ويقول له : أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) [4] ومعنى هذا أن النظر سبيل إلى دوام العشرة بينهما .

---

(١) الكتاب مع اللباب ١٦٢/٤ ، مغني المحتاج ١٢٨/٣ ، كشاف القناع ٩/٥ ، المغني ٥٥٢/٦ ، أحكام القرآن للجصاص ٣١٨/٣ .
(٢) النور آية ٣٠ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود نيل الأوطار ١١١/٦ .
(٤) نيل الأوطار ١١٠/٦ .

ويقول صلى الله عليه وسلم – لجابر رضي الله عنه – (إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى مايدعوه إلى نكاحها فليفعل) فيقول جابر : خطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها)[1] .

وبهذا حبب الشارع ورغب في النظر إلى المخطوبة لأن ذلك يؤدي – كما سبق – إلى دوام العشرة ، وادعى إلى الوئام والرضا والألفة . ولكن إذا لم يمكنه النظر اليها ، أو لم يتيسر له ذلك ، أو كان يستحي من النظر إليها ، استحب له أن يبعث بامرأة يثق بها تنظر إليها وتخبره بصفتها ، لأن المقصود من الزواج دوام الألفة فكل ما يوصل إليها كان مطلوبا شرعا .

فقد روى أنس أنه صلى الله عليه وسلم بعث أم سليم إلى امرأة فقال : (أنظري إلى عُرقوبها ، وشمي معاطفها) [2] .

ولا شك أن هذه مهمة ليست بالأمر اليسير ، لذلك وجب أن يشترط فيمن يقوم بهذه المهمة أن يكون على قدر كبير من الأمانة والنبل وكرم الأخلاق وأن يكون ممن خالطوها بالمعاشرة أو الجوار أو غير ذلك .

– نظر المرأة إلى الرجل :

لاشك أن حق النظر ليس مقصورا للرجل فقط ، بمعنى أن المرأة من حقها أن تنظر إلى الرجل ، كما هو ثابت تماما للرجل ، ولكن النصوص لم تتعرض لذلك ، لأن الرجل من شأنه الظهور في كل مكان والوقوف على حاله ميسور ، بخلاف المرأة المسلمة فإن من شأنها العفاف وعدم الظهور إلا لحاجة ، لذلك جاءت النصوص لتوضح

---

(١) سبل السلام ١١٩/٣ .

(٢) أخرجه أحمد والطبراني والحاكم والبيهقي (سبل السلام ١١٣/٢ ، نيل الأوطار ١١٠/٦) .

هذا الحق للرجل – أي الخاطب – وإلا فان الحكمة التي من أجلها أبيح النظر للمرأة – أي المخطوبة – فإنها أيضا مطلوبة في حق المرأة وكان من حق المرأة النظر إلى خاطبها حتى ترضى به أو لاترضى .

ثانياً : المواضع التي يباح النظر إليها : [١]

إذا كان الشارع الاسلامي قد رغب وحبب في النظر الى المخطوبة ، فما هذا إلا لأن النظر يعين على دوام العشرة مع المودة والألفة ، إلا أن العلماء اختلفوا في المواضع التي يباح النظر اليها إلى أقوال :

١- يرى أكثر الفقهاء أن للخاطب أن ينظر إلى من يريد خطبتها إلى الوجه والكفين فقط ، لأن رؤيتهما تحقق المطلوب من الجمال وخصوبة الجسد وعدمهما ، فيدل الوجه على الجمال أو ضده لأنه مجمع المحاسن والكفان على خصوبة البدن أو عدمها .

واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه ﴿ **وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ماظهر منها** ﴾ [٢] .

قال بن عباس – رضي الله عنهما – ، في تفسير قوله تعالى ﴿ **ماظهر منها** ﴾ – أي الوجه والكفان ، فرخص فيما يقع به المعرفة من الوجه ، وفيما يقع البطش به في غالب الأمر وهما : اليدان ، وأوجب سترما سوى ذلك إلا من بعولتهن والمحارم وما ملكت أيمانهن من العبيد) .

---

(١) المراجع السابقة النظر إلى المخطوبة .

(٢) النور الآية ٣١ .

قال ابن كثير : ويحتمل أن بن عباس ومن تابعه أرادوا تفسير – ماظهر منها – بالوجه والكفين ، وهذا هو المشهور ، ويستأنسون له بالحديث الذي رواه أبو داود عن عائشة – رضي ا الله عنها – (أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على الرسول – صلى ا الله عليه وسلم – وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها ، وقال : يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصح لها أن يرى منها إلا هذا وهذا ، وأشار إلى وجهه وكفيه) [1] وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر .

وذهب الإمام أبوحنيفة : إلى جواز نظر القدمين زيادة على الوجه والكفين لأن الأعضاء الثلاثة تعد من جماع محاسن المرأة .

وللحنابلة في هذه المسألة : أكثر من رواية : فهم يرون الاقتصار على نظر الوجه فقط من غير خلوة ، وهذه إحدى الروايات عن أحمد .

قال بن قدامة : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ، ولا يباح له النظر إلى ما يظهر عادة .

أما ماسوى ذلك مما يظهر من المرأة – في منزلها ففيه روايتان :

إحداهما : لايباح النظر إليه لأنه عورة فلم يبح النظر اليه .

ثانيهما : له النظر إلى ذلك ، وهذا ماحدث من الفاروق عمر رضي ا الله عنه – حينما كان يخطب ابنة علي .... فكشف عن ساقيها فقالت : أرسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك) .

---

(١) رواه أبو دراد عن عائشة روائع البيان تفسير آيات الأحكام ٢/١٥٤ .

ويرد على هذا كله ، بأن ما ذهب إليه الجمهور هو الأصح والذي نطمئن إليه . وذلك لأن قوله سبحانه ﴿ إلا ماظهر منها ﴾ المراد به الوجه والكفان ، كما ذهب ابن عباس إلى ذلك ، ويقوي ماذهب إليه ابن عباس حديث أسماء السابق (أن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصح ....) .

وكذلك فإن الحاجة ستدفع بنظر الوجه والكفين والحديث مطلق ومن ينظر الى وجه إنسان سمي ناظرا إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له كما قال سبحانه ﴿ وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم ﴾ (١) .

★ تحريم الخلوة بالمخطوبة :

فما هو معروف أن الشريعة الإسلامية حرمت الخلوة بالأجنبية ، أي أنه لايحل الجلوس معها إلا بحضور محرم لها ، كأبيها وأخيها ... ، والخطبة إذا تمت بين الرجل والمرأة ، فهي وعد بالزواج في المستقبل ، وعلى هذا فلا يحل شرعا للخاطب أن يختلي بمخطوبته ، لأنها مازالت أجنبية بالنسبة له ، وما دامت المخطوبة أجنبية فهي داخلة في دائرة التحريم ، ولقد ورد هذا التحريم في أكثر من حديث منها : قال النبي – صلى ا لله عليه وسلم – (من كان يؤمن با لله واليوم الآخر ، فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان) (٢) .

وقال صلى ا لله عليه وسلم (إياكم والدخول على النساء ، فقال رجل من الأنصار يارسول ا لله ، أفرأيت الحمو ؟ قال : الحمو : الموت) (٣) .

---

(١) المنافقون آية ٤   (٢) رواه أحمد عن جابر – نيل الأوطار ١١١/٦ .

(٣) معنى الحَموُ : يقال : هو أخو الزوج وما أشبهه من أقارب الزوج كابن العم ونحوه . رواه أحمد والبخاري والترمذي عن عقبه بن عامر ، المرجع السابق .

وقال – صلى الله عليه وسلم – (لايخلون رجل بامرأة لاتحل له ، فإن ثالثهما الشيطان ، إلا مَحرمٌ) بهذه الأحاديث الشريفة ، يتضح للجميع – مما لايدع مجالا للشك – أن الخلوة محرمة بين الرجل والمرأة الأجنبية منه، ومن الأجنبيات المخطوبة ، لأنها محرمة عليه حتى يعقد عليها .

وواضح أن علة التحريم أن الاختلاء بدون محرم يجعل للشيطان مجالا واسعا ، لذلك فإذا وجد المحرم جازت الخلوة لامتناع وقوع المعصية .

ولكن لو عدم وجود المحرم هل يقوم غيره مقامه في ذلك كالنسوة الثقات ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب بعضهم إلى القول بالجواز لضعف التهمة ، وذهب البعض الآخر الى القول بعدم الجواز وهو ظاهر الأحاديث .

ومما لاشك فيه أن رؤية المخطوبة مع المحرم – وهوما رسمته الشريعة الغراء – هو السلوك الوسط ، فلا تغلق الباب تماما حتى نحجب الرؤية عن الخاطب ، ولا يفتح على مصراعيه حتى تكون المحظورات وبهذا نجد الوسطية فيما ذهبت إليه الشريعة الغراء .

★ العدول عن الخطبة وأثره :– [1] .

سبق أن اتضح لنا أن الخطبة ماهي إلا مقدمة وتمهيد لعقد الزواج ، فإذا ماتمت وحدث أن كان الإتفاق على المهر – كما يحدث من بعض الناس – وقيام الزوج بدفعه كله أو بعضه ، أو إعطاء المخطوبة بما يسمى بالشبكة ، فإن ذلك كله لايخرج الخطبة عن حقيقتها ، وهي انها مجرد وعد بالزواج مستقبلا ، وعليه فهي ليست

---

(١) المراجع السابقة .

ملزمة بذاتها لأي واحد من الطرفين ، بل من حق كل من الطرفين أن يعدل عنها شرعا إذا وجد سبب وجيه لذلك .

وهذا مما دعا بعض الفقهاء إلى القول : بجواز العدول حتى مع عدم الكراهية ، لأن عقد الزواج أبدي ، يدوم الضرر فيه ويعظم ، فينبغي على كلا الطرفين أن يحتاط في الاقدام عليه ، حتى إذا تم العقد أنتج الثمرة المرجوة منه من السكن ، والمودة ، والرحمة ، وكان بحق هو الآية العظيمة من آياته سبحانه : قال سبحانه : **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ...﴾** [1] .

أما إذا لم يوجد سبب وجيه ، ومبر قوي للعدول . فلا ينبغي له أن يعدل مراعاة لحرمة البيوت ، ومحافظة على كرامة الفتاة . ووفاء بوعده وعهده قال سبحانه : **﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤلا ﴾** [2] .

وقال – صلى الله عليه وسلم – إضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة : إصدقوا إذا حدثتم ، وأوفوا إذا وعدتم ، وأدوا إذا ائتمنتم ، واحفظوا فروجكم ، وغضوا أبصاركم ، وكفوا ايديكم [3] .

وكذلك لايجوز للمخطوبة أو وليها أن يعدلا عن الخطبة بدون مبرر قوي محافظة على كرامة الخاطب ومراعاة لشعوره ، ووفاء بالوعد والعهد .

---

(١) الروم آية ٢١ . (٢) الإسراء من الآية ٣٤ .

(٣) رواه أحمد وابن حبان والحاكم والبيهقي عن عبادة بن الصامت وهو صحيح .

★ أثر العدول عن الخطبة :- [1] .

سبق أن اتضح أن الخطبة وعد بالزواج ، وليست عقدا ، وسبق كذلك أنه يجوز لكل من الطرفين أن يعدلا عنها ، وإن كان هذا مكروها إذا لم يوجد لهذا العدول سبب ؛ لأن الأصل الوفاء بالعهد كما اتضح ذلك فيما سبق أيضا - .

ولكن إذا تم هذا العدول - على أي حالة كانت - وكان قدم مهرا أو شبكة أو هدايا ؛ وكذلك لو قدمت المخطوبة هدايا للخاطب ، أو حدث ضرر لأحد الطرفين نتيجة لهذا العدول ؛ فماذا يكون الحكم ؟

إن الفقهاء قد اتفقوا على إعادة المهر أو بعضه إذا كان قدم كله أو بعضه في فترة الخطوبة ، ويرجع بعينه إذا كان قائما ، أما إذا استهلك أو هلك رجع بقيمته إن كان قيميا ؛ وبمثله إن كان مثليا ، أيا كان سبب العدول ؛ من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة .

أما الشبكة أو الهدايا الأخرى ، فلهما حديث آخر :-

حكم الشبكة :-

لقد جرى في بعض البلاد ، أن الخاطب يقدم لمخطوبته أثناء الخطبة ما يسمى بالشبكة ؛ وقد أصبح هذا النوع من الهدايا _ الشبكة - جزء من المهر لابد من تقديمه - في بعض البلاد - لذلك فهي - أي الشبكة - تأخذ حكم المهر من وجوب ردها مطلقا ؛ سواء كان الرجوع من الخاطب أو المخطوبة ، أو من وليها .

[وقد نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية المصري في الفقرة - ب- على الآتي : ويعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه . أي

(١) رد المحتار ٢/٥٩٩ ؛ الشرح الصغير ٢/٤٥٦ .

التي جرى العرف باعتبارها مهرا .

وقد نصت المذكرة التفسيرية لهذا المشروع على أن الشبكة تعتبر من المهر أخذا بما جرى به العرف في هذا الشأن] [1] .

وقد أخذ مشروع قانون الامارات – بما جاء في القانون المصري – حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة الثانية على الآتي : [ويعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه] . وأما مشروع دول مجلس التعاون فإنه لم يتعرض لهذا .

حكم الهدايا :–

وأما الهدايا المقدمة من كلا الجانبين – الخاطب أو المخطوبة – فقد تعددت فيها آراء الفقهاء الى الآتي :

★ **الحنفية :–** ذهب الحنفية ، إلى القول بتطبيق قواعد الهبة عندهم على الهدايا ، والهبة عندهم يجوز الرجوع فيها مادامت باقية .

أما إن هلكت ، أو استهلكت أو حصل منها مانع من موانع الرجوع في الهبة فليس للخاطب حق الرجوع ، لأن الهدية هبة ، والهبة لاتسترد حال وجود مانع من موانع الرجوع فيها .

وهذا الحكم يستوي فيه كون فسخ الخطبة من جانبهما معا ، أو من جانب الخاطب وحده ، أو من جانب المخطوبة وحدها .

★ **المالكية :** ذهب المالكية إلى القول في المشهور عندهم – بعد الرجوع مطلقا إلا إذا كان هناك شرط بين الخاطب والمخطوبة أو وليها ، فإن وجد الشرط عمل به وينفذ ،

---

(١) نظام الأسرة لأساتذة من كلية الشريعة ص ١٠٥ .

وهو لم يكن خادعا لها بهذا الاشتراط ، وكذلك إذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع ، فإنه يكون كالمشروط ، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فلا يكون ثمة خداع . ولكن للمالكية رأي مفتى به : وهو الذي يفرق بين هدايا من يعدل عن الخطبة ، وهدايا الآخر ، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئا من الهدية ولو كانت قائمة حتى لايجتمع على الطرف الآخر ألم العدول ، وألم الاسترداد ولأن إبطال العمل تم من جانبه ومن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه .

وإن كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ماأهدى ، سواء أكان قائما ، أم هالكا أو مستهلكا ، ويرد القائم بعينه ، والهالك أو المستهلك . بعوضه .

★ **الشافعية** :- اختلف الشافعية في هدايا الزواج :

أولاً : ذهب البعض منهم إلى القول : بوجوب الرجوع في الهدايا مطلقا ، هلكت أم لا ، وسواء أكان العدول منهما معا أم من الرجل وحده أم من المرأة وحدها . وعلى هذا فيجب ردها واستردادها ، فإن كانت قائمة ردت بعينها ، وإن هلكت أو استهلكت ترد قيمتها إن كانت قيميه ، أو مثلها إن كانت مثلية ، لأنها قدمت لغرض لم يتم .

والرد هنا يكون مطلقا – كما سبق ذلك – إذا كان قبل العقد ، وكذا بعده إن طلق قبل الدخول ، إلا إن ماتت هي ، ولا رجوع بعد الدخول مطلقا ، وهذا ماذهب اليه الشيخ شهاب الدين القليوبي .

ثانياً : وذهب البعض الآخر منهم الى القول بالتفريق بين أمرين :

فإما أن يعدل الخاطب ، أو المخطوبة أو وليها . فإن عدل الخاطب عن الخطبة فلا يحق له الرجوع بما أهداه ، للايذاء الذي لحقها من الإعراض عن الخطبة وإن عدلت المخطوبة أو وليها ، أو هما معا ، فللخاطب الحق في استرداد ما اهداه لأن الغرض الذي من أجله قدم الخاطب هديته لم يتم ، وواضح أن هذا الرأي يتفق مع الرأي المفتي به عند المالكية .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله صلى الله عليه وسلم : (لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه) .

وقد ذكر أصحاب هذا الرأي أن الغصب نوعان : غصب إستيلاء ، وهو أخذ المال على جهة الاستيلاء والقهر والغلبة وغصب استحياء ، وهو أخذه بنوع من الحياء .

قال الغزالي : وهما محرمان ، لأنه لافرق بين الإكراه على أخذ الأموال بالسياط الظاهرة ، وبين أخذه بالسياط الباطنة .

★ **الحنابلة :-** ذهب الحنابلة إلى القول بأن من حق الرجل إذا أهدى هدية لمخطوبته ، ولم يتم الزواج فله أن يرجع فيما أهداه ، لأن الغرض من دفع الهدايا إنما هو إتمام عقد الزواج ، وحيث ثبت عدم زواجه منها ، فلم يتحقق غرضه من الهدايا ، وهو الزواج ، وقد قاسوا على حقه في الرجوع رجوعها هي لو وهبته شيئا قبل الدخول ثم طلق .

وعلى هذا : فهم متفقون مع مذهب المالكية – في أحد أقوالهم – والمتأخرين من الشافعية .

وخلاصة القول في الهدايا عند الفقهاء :

فقد اتضح أن الحنفية يطبقون على هدايا الخطبة أحكام الهبة ، فلا تسترد إذا هلكت أو استهلكت ، أو عرض لها أي مانع من الموانع التي تمنع رجوع الهبة ؛ لذلك لايمكن الرجوع بقيمتها عند العدول .

أما المالكية : فإن مما ذهبوا إليه أن الهدية لاترد مطلقا إلا إذا كان هناك شرط بين الخاطب والمخطوبة أو وليها ، أو كان هناك عرف ، وإن كان الرأي المفتي به عندهم أنهم يفرقون بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر – كما سبق –

وأما الشافعية : فقد اتضح – سابقا – أن بعضهم ذهب إلى حق الرجوع في الهدايا مطلقا – أي بوجوب رجوعها – هلكت أم لا ، وسواء أكان العدول منهما معا أو من أحدهما ، وذهب البعض الآخر إلى القول المفتى به عند المالكية ومعهم بعض الحنابلة ، **أما الأصل عند الحنابلة** فإن من حق الرجل إذا أهدى هدية لمخطوبته ولم يتزوج فله أن يرجع فيما أهداه ، وكذلك المخطوبة .

وكذلك إذا انتهت الخطبة بالوفاة ، أو بعارض حال دون إتمام الزواج مثل : أسر إحدى الطرفين ، أو جنونه فلا ترد الهدايا في هذه الحالات ، ومصدر ذلك فقه الحنابلة .

جاء في كشف القناع (... لأن عدم التمام ليس من جهتهم ، وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لارجوع لورثته) .

وجاء أيضا في منار السبيل (... فإن كان الاعراض منه أو ماتت فلا رجوع له) .

والذي يطمئن إليه الإنسان ويختاره هو الرأي المفتى به عند المالكية حتى

لا يجتمع على الطرف المرفوض ألم الرفض والهدايا الذي قدمها ، ومعلوم أن مـا يقـدم من الهدايا الاستهلاكية والقليلة مثل الطعام والشراب لايرد ، لأن رد مثل هذه الأشـياء يتنافى مع المروءة . وقد نصت على هذا العدول المادة – ٣ – من مشروع الإمارات وجاء بها :

١– [إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق لـه في استرداد شيء مما أهداه للآخر .

٢– وإن كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهداه إن كـان قائما أو قيمتـه يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا .

٣– وذلك كله مالم يكن هناك شرط أو عرف] .

والمشروع الموحد لدول مجلس التعاون نص على نفس هذا المعنى في المـادة – ٣ – فقرة ب .

وبهذا نجد أن المشروعين قد اقتربا من الرأي الثاني للمالكية حيث أنهما فرقا بين العدول بمقتضى والعدول بغير مقتضى . وكذلـك نـص مشـروع قـانون الإمـارات في المادة – ٤ – على الآتي :

١– [إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين أسترد كل منهما ما أهداه للآخـر إن كان قائما .

٢– وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج فلا يسـترد شـيء من الهدايا] .

ونفس هذا المعنى نراه في المادة – ٣ – من مشـروع دول التعـاون في فقرتيهـا ب ، جـ .

- حكم الأضرار الناشئة عن فسخ الخطبة :-

الأضرار التي من المكن أن تحـدث عنـد فسـخ الخطبـة ، منهـا مـاهو مـادي ومنها ماهو معنوي ، وذلك مثل : أن يقوم الخاطب بإعداد بيت للزوجيـة ، أو ينقـل نفسه – بالنسبة لوظيفته – من مكانه الذي هو فيه الى مكان قريب من مخطوبته .

وكذلك تقوم المخطوبة بشراء الجهاز – وهو ماجرى عليه العـرف في المجتمـع المصري – أو تقوم بترك عملها الذي تكتسب منه لتتفرغ لشئون البيـت أو مـا شـــابه ذلك .

أما الضرر المعنوي فمثل أن يتعرض أحد الطرفين للأقاويل والافتراء عليه ، أو جرح الشعور والكرامة . مثل هذه الأشياء لم ينص عليها فقهاؤنا القدامى .

ويمكن إقراره في الفقه الحديث عملا بقواعد الشريعة العامة مثل تحريم التغرير وإيجابه الضمان ومثل قاعدة : (لاضرر ولا ضرار) وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق التي أخذ بها المالكيـة والحنابلـة ، ورعاهـا أبـو حنيفـة في حقوق العلو والجوار . كما يمكن تأصيل التعويض عـن ضـرر العـدول بمبـدأ الالـتزام في الفقه المالكي في أشهر الأقوال : وهو أنه في الوعد بشيء يقضي بتنفيذ الوعـد وإن كـان مبنيا على سبب ودخل الموعود في السبب ، ومعنى ذلك فإنه يجب الوفاء بالوعد المعلق على سبب ، وباشر الموعود السبب ونفـذه . مثـل : أن يقـول لـه تـزوج إمـرأة : وأنـا أقرضك المهر ، فإذا تزوج فعلا وجب عليه أن يقرضه المهر . أما مجرد الوعد فلا يـلزم الوفاء به لأن الوفاء به من مكارم الأخلاق .

ولكن يجب التفريق بين حالتين :-

الحالة الأولى : أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق بالطرف الآخـر ، وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول عـن الخطبة ، لأن العادل تسبب في حصول الضرر ، ، وغرر به وكلاهما يوجب الضمان .

الحالة الثانية : ألا يكون للعادل دخـل في الضـرر الـذي لحـق الطـرف الآخـر بسبب العدول - بل هو الذي غرر بنفسه - لذلك لايكون هنا وجـه للحكـم بـالتعويض على من عدل عن الخطبة إذا لم يوجد منه ما يصح أن يجعل سببا للضمان .

وهذا هو الذي يجب الأخذ به ، بمعنى إذا كان للعادل دخل في الضرر تحمل هذا ، وإن لم يكن فلا [1] .

لم يتعرض مشروع قانون الإمارات ، وكذلك مشروع قانون دول مجلس التعاون لهذا .

---

(١) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٢٥ .

" المبحث الثالث "
" أركان عقد الزواج "

تمهيد :-

الركن لغة : جانبه الأقوى [1] .

وفي الشرع : عند الحنفية ، ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ويكون جزءاً داخلا في حقيقته ، كالركوع والسجود بالنسبة للصلاة .

وركن الزواج عند الحنفية الإيجاب والقبول فقط .

وأركان الزواج عند الجمهور : ، أربعة ، صيغة – الإيجاب والقبول – والعاقدان – زوجة وزوج – وأما المعقود عليه فهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من الزواج ، وأما المهر فلا يتوقف عليه العقد ، وإنما هو شرط كالشهود .

الإيجاب عند الحنفية :- ما يصدر أولا من أحد العقدين ، سواء أكان الزوج أم الزوجة . – أم غيرهما في أي عقد من العقود – وسواء أكان ماصدر منه كلاما أم غيره كالكتابة ، وإشارة الأخرس ، ومن صدر منه الايجاب يسمى موجبا للدلالة على إرادته في إنشاء الارتباط .

والقبول عندهم : هو ماصدر ثانيا من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته بما أوجبه الأول ، ومن صدر منه القبول يسمى قابلا ، فإذا قال الرجل للمرأة : تزوجتك أو زوجيني نفسك ، فقالت : قبلت أو زوجتك نفسي ، كان الأول إيجابا للعقد من الرجل ، وكان الثاني قبولا من المرأة .

---

(١) المنجد في اللغة ٢٧٨ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٢٧ .

وإذا بدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسي وقال الرجل : رضيت أو قبلت ، كان الأول إيجابا من المرأة وكان الثاني قبولا من الرجل .

والإيجاب عند الجمهور : هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كالوكيل ، لأن القبول إنما يكون للإيجاب ، فإذا وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه .

والقبول عندهم : هو اللفظ الدال على الرضا بالزواج الصادر من الزوج فإذا قال الرجل للمرأة : زوجيني نفسك ، فقالت : قبلت ، كان الأول عند الحنفية إيجابا ، والثاني قبولا .

وعند الجمهور بالعكس ، لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوجة حق الاستمتاع ، فكلامه هو الإيجاب ، والرجل يملك ذلك ، فكلامه هو القبول .

صيغة الزواج :- [1] .

أولاً : ألفاظ الزواج :-

الأصل في هذه الصيغة بعنصريها (الإيجاب والقبول) أن تتم بالالفاظ ، وقد يكون ذلك كتابة ، أو إشارة ، وألفاظ الايجاب والقبول ، منها ما هو متفق على انعقاد الزواج بها ، ، ومنها ماهو متفق على عدم إنعقاد الزواج بها ، ومنها ماهو مختلف فيه . وهي كالآتي : -

- **ألفاظ اتفق الفقهاء** على انعقاد الزواج بها لورودهما في القرآن الكريم وهما

(١) الدر المختار : ٣٦١/٢ - ٣٧٢ ، اللباب ٣/٣ ، الشرح الكبير ٢٢١/٢ ، القوانين الفقهية /١٩٥ ، مغني المحتاج ١٣٩/٣ ، بداية المجتهد ٤/٢ ، كشاف القناع ٣٦/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٧/٧ ومابعدها .

(أنكحت وزوجت) في قوله تعالى ﴿ **زوجناكها** ﴾ [1] . وقوله : ﴿ **ولاتنكحوا مانكح آباؤكم** ﴾ [2] .

– **وألفاظ اتفق الفقهاء على عدم** انعقاد الزواج بها ، وهي التي لاتدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدة الحياة وهي : الإعارة والإباحة والإجارة والوصية والرهن والوديعة ونحوها .

– **وألفاظ اختلف الفقهاء في انعقاد الزواج بها** : وهي لفظ البيع ، ولفظ الهبة ، ولفظ الصدقة ، ونحوها مما يدل على تمليك العين في الحال ، وبقاء الملك مدة الحياة .

– **ذهب الحنفية والمالكية إلى القول** : بانعقاد الزواج بهذه الألفاظ بشرط نية أو قرينة تدل على الزواج ،كبيان المهر وإحضار الناس ،لأن المطلوب التعرف على إرادة العاقدين ، وليس للفظ اعتبار ، وقد ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة مايدل على الزواج بلفظ الهبة والتمليك :الأول في قوله سبحانه ﴿ **وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي ، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين** ﴾ [3] .
وهذه الآية الكريمة تدل على صحة إنعقاد الزواج للرسول – صلى ا الله عليه وسلم – بلفظ الهبة ، وإذا صح هذا له – صلى ا الله عليه وسلم – فهذا يصح لأمته ، لأن الأصل عدم الخصوصية له – صلى ا الله عليه وسلم – إلا بدليل ولا دليل على خصوص هذا الأمر للرسول – صلى ا الله عليه وسلم – ولكن الخصوصية هنا في صحة الزواج بدون مهر ، لاستعمال لفظ الهبة لأن رفع الحرج عنه – صلى ا الله عليه وسلم –

---

(١) الأحزاب / ٣٧ .   (٢) النساء / ٢٢
(٣) الأحزاب / ٥٠ .

يكون بعدم المهر ولا يكون بلفظ الهبة ، وقد قال سبحانه وتعالى للرسول – صلى ا لله عليه وسلم – في آخر الآية الكريمة ﴿ **لكي لايكون عليك حرج** ﴾ **والثاني** في قوله – صلى ا لله عليه وسلم – لرجل لم يملك مالا حتى يستطيع أن يقدمه مهرا (قد ملكتكهابما معك من القرآن) [1] . وهذا يدل بوضوح على صحة انعقاد العقد بلفظ التمليك كما يصح بلفظ النكاح والتزويج . وعلى حسب ما أرى أن هذا هو الراجح ، لأن العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ والمباني .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأنه لاينعقد – الزواج – بها ، ولا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، لورودهما في القرآن الكريم كما وضح سابقا ، فيلزم الإقتصار عليها ، ولا يصح انعقاد الزواج بغيرهما من الألفاظ ، لأن الزواج عقد يعتبر فيه النية مع اللفظ الخاص به ، وقوله سبحانه : ﴿ **إن وهبت نفسها للنبي** ﴾ من خصوصياته – صلى ا لله عليه وسلم – وحديث (ملكتكها) فهو إما وهم من الراوي ، أو أن الراوي رواه بالمعنى ، ظنا منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج ، وبتقدير صحة الرواية ، فهي معارضة برواية الجمهور (زوجتكها) .

وخلاصة اقوال المذاهب ما يأتي :

ينعقد الزواج عند الحنفية [2] . بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال ، كلفظ الهبة والتمليك والصدقة والعطية والبيع والشراء ، بشرط نية أو قرينة ، وفهم الشهود المقصود .

---

(١) متفق عليه (نيل الأوطار ١٧٠/٦) .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٣٦٤/٢ ، ٣٦٥ ، ٣٦٩ ومابعدها .

وينعقد عند المالكية [1] . بلفظ التزويج والتمليك وما يجري مجراهما كالبيع والهبة والصدقة والعطية بشرط ذكر المهر ، ليكون قرينة على إرادة الزواج . فإن لم يذكر المهر فلا ينعقد الزواج ، فالألفاظ أربعة :

الأول : ماينعقد به الزواج مطلقا سواءً قد سمي صداقا أم لا وهو أنكحت وزوجت .

والثاني : ما ينعقد به الزواج إذا كان قد سمي صداقا وإلا فلا ، وهو وهبت فقط .

والثالث : مافيه التردد ، وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة ، مثل بعت لك ابنتي بصداق قدره كذا ، أو ملكتك إياها أو منحتك إياها .

والرابع : مالا ينعقد به مطلقا اتفاقا ، وهو كل لفظ لايقتضي البقاء مدة الحياة كالوقف والإجارة والإعارة ، وهو الراجح .

وينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة [2] . ، بلفظ التزويج والنكاح فقط ، دون ماعداهما مثل التمليك والهبة والإجارة ، إقتصارا على المذكور في القرآن الكريم .

المعاطاه : اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالتعاطي ، احتراما لأمر الفروج وخطورتها وشدة حرمتها [3] . ، فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كتابة عند الحنفية والمالكية ، وبلفظ صريح عند الشافعية والحنابلة كما وضح سابقا . ولا ينعقد الزواج على المختار عند الحنفية بإقرار أي أن الإقرار ليس من صيغ العقد ،

(١) شرح الرسالة ٢٦/٢ ، الشرح الكبير ٢٢١/٢ ، الشرح الصغير ٣٥٠/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٣٨/٣ ، المهذب ٤١/٢ ، كشاف القناع ٣٧/٥ ، المغني ٥٣٢/٦ .

(٣) الدر المختار وابن عابدين ٣٧٢/٢ ومابعدها .

فلو قالت امرأة : أقر بأنك زوجي ، ولم تكن قد حدثت زوجية بينها وبين هذا الرجل ، فانه لايصح ، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بانشاء .

ثانيا : الزواج بالكتابة والإشارة والرسالة :-

يتضح مما سبق أن الإيجاب والقبول الأصل فيهما العبارة ، ولا يصح أن نلجأ إلى غيرهما إلا إذا عجز العاقدان أو احدهما عن العبارة ، أو كان احدهما غائبا عن المجلس – مجلس العقد – أو كلاهما ، ففي هذه الحالات نلجأ إلى البديل عن العبارة .

فإذا كان أحد المتعاقدين غائبا ، فتكون الصيغة بالكتابة لتعذر المشافهة بالعبارة ، فإذا كتب رجل إلى امرأة كتابا يعبر فيه عن إرادته في إنشاء عقد الزواج ، كان عليها حتى يصح العقد أن تحضر الشهود ، ليسمعوا ماجاء في الكتاب ، ثم يسمعوا القبول منها ، وبذلك يكون الشهود قد سمعوا شطري العقد وشهدوا بالإيجاب والقبول .

ولذلك إذا كان العاقدان حاضرين في مجلس العقد فلا يصح بالكتابة ، لأنه لايلجأ إليها إلا إذا تعذرت المشافهة بالعبارة .

ولوكان مكان الكتاب رسول يحمل الإيجاب ، ونقل عبارة المرسل بحضور شاهدين ، فقبلت انعقد الزواج .

وإذا كان العاقد أخرسا ، فإن كان يعرف الكتابة عقد بها لأنها أبين وأوضح ، ومن الفقهاء من ذهب إلى القول بأن عقده لايصح إلا بها – الكتابة – مادام قادرا عليها ، وبعضهم من أجاز إنعقاد العقد بإشارته مع قدرته على الكتابة ، والجميع يقولون بالاشارة المفهمة عند عجزه عن الكتابة ، أو إذا كان لايحسنها .

وأعتقد أن الراجح عند قدرته على الكتابة الواضحة أن العقد لاينعقد إلا بها ، لأنها أبين وأوضح .

إنعقاد الزواج بغير اللغة العربية :- [1]

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان العاقدان أو أحدهما لايفهم اللغة العربية وعاجز عن النطق بها ، يصح إنعقاد زواجه بلغته التي يفهمها ويتكلم بها ، لأن العبرة في العقود للمعاني ، ولأنه عاجز عن العربية ، فسقط عنه النطق بالعربية كالأخرس . لذا وجب عليه أن يأتي بمعنى التزويج أو الانكاح بلسانه بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي .

أما إذا كان العاقدان يستطيعان التلفظ بالعربية ، فيرى جمهور الفقهاء جواز انعقاد الزواج بغير اللغة العربية ، بالألفاظ الدالة عليه لأن التكلم بغير العربية ليس حراما ، ولأن العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ، وهذا هو الأصح أيضا عند الشافعية .

ويرى الامام الشافعي في قول آخر : أنه لاينعقد الزواج بغير العربية إذا كان العاقدان يفهمانها ، لأن عدول العاقد عن العربية مع قدرته عليها إلى غيرها دليل على عدم إرادة العقد ، والزواج كالصلاة ، فكما أن الصلاة لاتصح بغير العربية للقادر عليها ، كذلك الزواج لاينعقد بغير العربية للقادر عليها .

---

(١) ابن عابدين ٣٧١/٢ ، ومغني المحتاج ١٤٠/٣ ، كشاف القناع ٣٨/٥ ، ٣٩ ، المغني ٥٣٣/٦ ومابعدها .

وقال الحنابلة : بأنه لايجوز الزواج إلا بالعربية للقادر عليها ، فمن قدر على لفظ الزواج بالعربية ، لم يصح بغيرها ، لأنه عدل عن لفظي (الإنكاح والتزويج) مع القدرة عليهما ، فلم يصح ، كما لم يصح بألفاظ الهبة والبيع .

وحجة الجمهور _ غير ماسبق – أن صيغة العقد ماهي إلا مظهر للتراضي الحقيقي الكامن في نفس المتعاقدين والمطلوب شرعا التعبير عن هذه الارادة بأي لغة كانت متى جاءت هذه اللغة صادقة ومعبرة عن ذلك التراضي الذي يقوم عليه التعاقد ، أما وإن العاقدين قد عبرا عن إراتهما بلغة مفهومة لهما وللشهود فإن عقد الزواج ينعقد بينهما صحيحا . إ وقد نصت المادة (٦) . من مشروع قانون الامارات على الآتي :

١- يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه ولو عرفاً بأي لغة .

٢- ويجوز أن يكون الإيجاب من الغائب بالكتابة أو بواسطة رسول .

٣- في حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة ، فإن تعذرت فالإشارة المفهمة ، ونرى المادة – ٢٢ – من مشروع قانون دول مجلس التعاون قد نصت على ذلك أيضا .

ثالثاً : صيغة ألفاظ الزواج [1] :-

قد تكون صيغة الإيجاب والقبول بلفظ الماضي أو الايجاب بلفظ المضارع أو بلفظ الأمر ؛ وقد اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بصيغة الماضي ، واختلفوا في المضارع والأمر .

١- ينعقد الزواج بصيغة الفعل الماضي - وهذا هو الأصل - كأن يقول ولي المرأة للرجل : زوجتك ابنتي فلانة على مهر كذا فيقول الزوج : قبلت أو رضيت ؛ لأن المقصود بهذه الصيغة إنشاء العقد في الحال ، فينعقد بها العقد من غير توقف على نية أو قرينة .

٢- وينعقد الإيجاب بصيغة المضارع : مثل أن يقول الرجل للمرأة في مجلس العقد : أتزوجك على مهر قدره كذا ، فتقول : قبلت زواجك ، صح العقد هنا عند الحنفية والمالكية إذا كانت هناك قرينة تدل على إرادة إنشاء العقد في الحال ، لا للوعد في المستقبل ، مثل أن يكون المجلس مهيأ لإجراء عقد الزواج ، فوجود هذه الهيئة ينفي إرادة الوعد أو المساومة ويدل على إرادة التنجيز ، لأن الزواج بعكس البيع يكون مسبوقاً بالخطبة .

فإن لم يكن المجلس مهيأ لإنجاز العقد ، ولم توجد قرينة دالة على قصد إنشاء عقد الزواج في الحال ، فلا ينعقد العقد .

ولا ينعقد الزواج عند الشافعية والحنابلة بصيغة المضارع ، وإنما لابد عندهم من لفظ بصيغة الماضي مشتق من النكاح أو الزواج ، كأن يقول الزوج : تزوجت

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٢/٣٧١ ، ٣٧٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٢٢٠ مغني المحتاج ١٣٩/٣ ، المغني ٦/٥٣٢ ، ٥٣٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته . د. وهبه الزحيلي ٤٠/٧ ومابعدها

أو نكحت أو قبلت نكاحها أو تزويجها ، ولا يصح بكناية : كـأحللتك ابنـتي ، إذ لا اطلاع للشهود على النية .

٣- وينعقد العقد عند الحنفية والمالكية بصيغة الأمر – الإيجاب –: كأن يقول الرجل لامرأة : زوجيني نفسك ، وقصد بذلـك إنشـاء الـزواج ، لا الخطوبـة ، فتقـول المرأة : زوجتك نفسي ، تم الزواج بينهما .

وتوجيه ذلك عند الحنفية (١) : أن قول الرجـل يتضمـن توكيـل المـرأة في أن تزوجه بنفسها ، فقولها ، زوجتك نفسي ، قامت مقام الإيجاب والقبـول ، والتوجيـه عند المالكية أن صيغة الأمر تعتبر إيجابا للعقد عزما ، ولا تعتبر توكيلا ضمنيا .

٤- وأما انعقاد الزواج بلفظ الاستفهام مثل قول رجل لآخر : زوجتني ابنتك ؟

فقال الآخر : زوجت ، أو قال : نعم ، فلا يكون عند الحنفية زواجا ، مـالم يقل الموجب بعدئذ قبلت ، لأن قوله زوجتني ؟ استفهام أو استخبار ، وليـس بعقـد ، وهذا بخلاف صيغة الأمر : زوجني فإنه توكيل ضمني كما عرف هذا .

والخلاصة : أن الزواج لاينعقد عند الشافعية إلا بصيغة المـاضي ، ومـن مـادة الزواج والنكاح ، وينعقد عند الحنفية والمالكية بالمـاضي ، والمضـارع والأمـر – بالنسـبة للإيجاب – ، إذا دلت القرينة أو دلالة الحال على أنه يريد إنشاء عقـد الـزواج ، لا للوعد .

ولهذا فإن مايكون بصيغة المضارع أو الأمر ، إنما هـو الإيجـاب ، لأن القبـول

---

(١) وهذا مقتضى الاستحسان عندهم الذي تركوا به القياس لما روي (أن بلالاً - رضي الله عنه - خطب إلى قوم من الأنصار ، فأبوا أن يزوجوه ، فقال : لولا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمرني أن أخطب إليكم ، لما خطبت ، فقالوا له : ملكت) و لم ينقل أن بلالاً أعاد القول ، ولو فعل لنقل .

يكون بصيغة الماضي .

ولا يشترط عند الجمهور غير الحنابلة تقديم الإيجاب على القبول ، بل يندب ، بأن يقول الولي : زوجتك إياها أو أنكحتك . وقال الحنابلة : إذا تقدم القبول على الإيجاب ، لم يصح ، سواء أكان بلفظ الماضي : تزوجت ، أم بلفظ الطلب : زوجني .

رابعا : إنعقاد الزواج بعاقد واحد [1] :-

الأصل في كل العقود أن يقوم بإنشائها عاقدان أحدهما : بالإيجاب والآخر : بالقبول . ولم يجزأن يتولى واحد إنشاء العقود المالية إلا في حالات استثنائية كأن يبيع الأب ويشتري لابنه المشمول بولايته .

وكذلك عقد الزواج جاز أن يتولى واحد شطري العقد وتقوم عبارة الواحد مقام العبارتين إذا كانت له ولاية إنشاء العقد من الجانبين ، ويكون ذلك بأن لايكون فضوليا من أي جانب . وصور هذه الولاية تنحصر في خمس حالات :

الأولى : أن يكون العاقد وليا من الجانبين كأن يزوج ابنته الصغيرة لابن أخيه المشمول بولايته .

الثانية : أن يكون العاقد وكيلا من الجانبين :كأن يوكله كل من الزوجين في أمر زواجهما .

الثالثة : أن يكون وليا من جانب ووكيلا من جانب آخر كأن يوكل رجل آخر في زواجه فيزوجه بابنته الصغيرة .

---

(١) البدائع ٢٣١/٢ ـ ٢٣٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤٣ .

الرابعة : أن يكون وليا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن يزوج نفسه من ابنة عمه المشمولة بولايته .

الخامسة : أن يكون وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر كأن توكل امرأة رجلا في زواجها من نفسه وهذا هو رأي الطرفين .

وقال الشافعي [1] وزفر : لايجوز في عقد الزواج أن يتولى واحد شطري العقد كالعقود المالية لأن العقد يستوجب حقوقا تثبت لكل واحد من المتعاقدين ولا يكون الشخص الواحد ملزما وملتزما في وقت واحد ، وأجاب عن ذلك الطرفان – أبو حنيفة ومحمد – بأن حقوق العقد في النكاح لاترجع إلى العاقد وإنما هو سفير ومعبر بخلاف العقود المالية ، وحدث في عهد الصحابة رضوان ا لله عليهم . إنشاء عقد الزواج بعبارة واحدة ولم ينكره واحد منهم وذلك دليل جواز .

وقد استدل أبوحنيفة ومحمد على صحة العقد بالعبارة الواحدة في الحالات السابقة بما يأتي:

أولاً : بما ذكر سابقا من أن هذا حدث في عهد الصحابة – رضي ا لله عنهم – ولم ينكره واحد منهم .

ثانياً : بما روى عن عقبة بن عامر أن النبي – صلى ا لله عليه وسلم – قال لرجل : [أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت: نعم ، فزوج أحدهما صاحبه] . [2] .

---

(١) أجاز الشافعي انعقاد الزواج في الحالة الأولى – حالة الولي من الجانبين ، ولايزوج إبن العم نفسه ، بل يزوجه ابن عم في درجته ، فإن فقد فالقاضي – مغني المحتاج ١٦٣/٣ وأجاز المالكية لابن العم ووكيل الولي والحاكم أن يزوج المرأة من نفسه . القوانين الفقهية – ٢٠٠ ، الشرح الكبير ٢٣٣/٢ .

(٢) انظر نيل الأوطار للشوكاني ١٣٢/٦ .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول - صلى ا لله عليه وسلم - تولى طرفي العقد بنفسه بعد أن أذن الرجل والمرأة له بذلك ،فكان - صلى ا لله عليه وسلم - وكيلا عنهما ، وهذا يدل على جواز تولى الشخص الواحد طرفي العقد .

ثالثا : ماروا البخاري عن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلي ؟ قالت :نعم ، قال : فقد تزوجتك . فهذا دليل آخر في جواز تولى الشخص الواحد طرفي العقد فقد دل الحديث الأول على جواز الصورة الأولى - وليا من الجانبين - أما الحديث الثاني فقد دل على جواز الصورة الخامسة -وكيلا من جانب وأصيلا من جانب آخر .

ويقاس على المذكور في الحديثين السابقين بقية الحالات ، لاشتراكهما في المعنى وهو أن للعاقد في الجميع صفة شرعية عند إجراء العقد ، إما الولاية على الغير أو الوكالة عن الغير أو الأصالة عن النفس .

وبناء على ماذهب إليه أبوحنيفة ومحمد بأنه لايصح العقد من شخص واحد إلا في هذه الحالات السابقة .

فإن العقد لاينعقد إذا كان العاقد فضوليا من الجانبين أو كان من جانب واحد وكان بالنسبة للجانب الآخر وليا ، أو وكيلا ، أو أصيلا .

ففي هذا لاينعقد الزواج عند الطرفين - أبي حنيفة ومحمد - كما انعقد في الصور السابقة .

ونصت المادة (٢٦) . من مشروع قانون الامارات على مايأتي :-

[أ- للولي غير المحرم أن يزوج موليته من نفسه برضاها .

ب- ويجوز أن يتولى طرفي العقد شخص واحد ليس فضوليا من جانب أحد الزوجين وتكفي حينئذ عبارة واحدة في الإيجاب والقبول] .

أما مشروع قانون مجلس التعاون لم يتعرض لهذا .

خامسا : صيغة عقد الزواج يجب أن تكون منجزة ، بمعنى أن تكون غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط غير موجود في وقت العقد .

فإذا كانت صيغة العقد مضافة إلى زمن في الاستقبال ، أو معلقة على شرط ، فإن عقد الزواج لا ينعقد ، ويقع باطلا ، لأن هذا العقد من عقود التمليك في الحال ، والصيغتان المضافة والمعلقة لاتفيدان إنشاء العقد في الحال ، فكلتاهما لاتتفق مع حقيقة الزواج الشرعية ، إذ كيف ينشأ بعبارة تعلق الوجود على أمر قد يوجد وربما لايوجد ، وبمثل هذا الرضا الاحتمالي لاينشأ العقد ثم الزواج عقد لاتتراخى أحكامه عن أسبابه فلا يمكن أن يضاف إلى المستقبل ، لأن ذلك يقتضي تأخير الأحكام ، وهو مناقض لحقيقته الشرعية .

وحتى يتضح هذا الشرط تفصيلا ، فإن عقد الزواج من حيث إطلاق الصيغة ، وتقيدها يتنوع إلى اربعة أنواع هي :-

العقد المنجز : - (١)

هو ماكانت صيغته مطلقة ، غير مضافة إلى زمن المستقبل ، ولا مقيدة بشرط ، وذلك كقول رجل لامرأة : تزوجتك على مهر قدره ألف درهم ، فقالت : قبلت .

(١) البدائع ٣٥١/٢ - ٣٥٧ ، ٣٦٣ ومابعدها ، الشرح الكبير ٢٣٦/٢ - ٢٤٠ ، مغني المحتاج ١٤٤/٣ - ١٤٧ ، المغني ٤٥٠/٦ - ٤٥٣ ، نظام الأسرة ١٣٤ ومابعدها .

وحكمه : أنه بمجرد التلفظ بالإيجاب والقبول تترتب عليه آثاره ، متى استوفى أركانه وشرائطه .

لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ، وإقامة الأسرة ، وتربية الأولاد والقيام على شئونهم ، وذلك لايكون على الوجه الكامل إلا إذا كانت عقدة الزواج باقية إلى أن يفرق الموت .

ولذلك فقد قال الفقهاء ببطلان نوعين من العقود لتنافيهما مع التأبيد . وهذان العقدان هما : المتعة والنكاح المؤقت ، وإن كان زفر من الحنفية اعتبر الزواج المؤقت صحيحا وشرط التأقيت فاسداً أو باطلاً أي لاعبرة بالتأقيت ويكون الزواج صحيحا مؤبدا ، لأن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة .

ورد عليه : بأن العقد المؤقت في معنى المتعة ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ .

وعقد المتعة صورته أن يقول : أتمتع بك مدة كذا بكذا من المال .

واما النكاح المؤقت : فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ، ولكن يقترن بالصيغة ما يدل على التأقيت ، أي تأقيت عقد الزواج بوقت معين محدود طال الوقت أو قصر .

أدلتهم :-

استدل الجمهور على تحريم نكاح المتعة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول :

١- فالقرآن الكريم : يقول سبحانه : ﴿ **والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم ، أو ماملكت أيمانهم ، فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك**

﴿ فأولئك هم العادون ﴾ [1] . فهذه الآية الكريمة قد حرمت الاستمتاع بالمرآة إلا من طريقين : الزواج وملك اليمين وليست المتعة زواجا صحيحاً ، ولا ملك اليمين ، فتكون محرمة ، ودليل أنها ليست زواجا أنها ترتفع من غير طلاق ، ولا نفقة فيها ، ولا يثبت بها التوارث ، كما سيتضح فيما بعد من الحديث عن بعض أحكامها – أي المتعة – .

٢– **وأما السنة** : فقد روى عن علي – رضي ا الله عنه | أن رسو ا الله – صلى ا الله عليه وسلم – نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحُمر الأهلية زمن خيبر | [2] . وغير هذا النص كثير وسوف نذكرها فيما يلي بعد قليل .

٣– **وأما الإجماع** : فقد أجمعت الأمة – غير الشيعة الإمامية – على الامتناع عن زواج المتعة ، وقال القاضي عياض : فقد وقع الاجماع من العلماء على تحريمها . إلا الروافض [3] .

٤– **وأما المعقول** : فإن الزواج إنما شرع مؤبدا لأغراض سامية . ومقاصد إنسانية واجتماعية ، منها السكن وإنجاب الأولاد وتكوين الأسرة الفاضلة القوية . ومعلوم أنه ليس في المتعة إلا قضاء الشهوة بنحو مؤقت . فهو مثل الزنا تماما ، إذ ليس هناك معنى لتحريمه مع إباحة المتعة .

---

(١) لمؤمنون / ٥ ٧ .

(٢) لشيخان وأحمد نيل الأوطار ٦ / ١٣٠

(٣) نيل لأوطار ٦ / ١٣٦ .

أما الشيعة الإمامية :[1] . فقد قالوا بجواز المتعة أو النكاح المنقطع بالمرأة المسلمة أو الكتابية ، بشرط ذكر المهر ، وتحديد الأجل أي المدة ، وينعقد بأحد الألفاظ الثلاثة وهي : زوجتك ، وأنكحتك ، ومتعتك . ومن أحكامه :

١- الإخلال بذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد ، وذكرالمهر من دون الأجل يقلبه دائما .

٢- لايقع بالمتعة طلاق بإجماع الشيعة ، ولا لعان على الأظهر .

٣- لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، واما الولد فإنه يرثهما ويرثانه من غير خلاف .

٤- لايصح تجديد العقد قبل انقضاء الأجل ولو أراده وهبها مابقي من المدة واستأنف .

الدليل : استدل الإمامية على مشروعية نكاح المتعة أو المنقطع بما يأتي :

١- بقوله سبحانه : ﴿ **فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن أجورهن فريضة** ﴾[2] . فإنه سبحانه عبر بالاستمتاع دون الزواج ، وبالأجور دون المهور ، مما يدل على جواز المتعة ، فالاستمتاع والتمتع بمعنى واحد ، وإيتاء الأجر بعد الاستمتاع يكون في عقد الإجارة ، والمتعة هي عقد الإجارة على منفعة البضع . أما المهر فإنه يجب بنفس عقد النكاح قبل الاستمتاع .

---

(١) المختصر النافع في فقه الإمامية ص ٢٠٥ - ٢٠٧ الروضة البهية ٢/٣٠١ ومابعدها

(٢) النساء : ٢٤

٢- ثم إنه ثبت في السنة جواز المتعة في بعض الغزوات منها عمرة القضاء ، وفي خيبر ، وعام الفتح ، وفي تبوك [(١)] . قال بن مسعود : [كنا نغزوا مع رسول ا لله - صلى ا لله عليه وسلم - ليس معنا نساء ، فقلنا : ألا نختصى ؟ فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل ، ثم قرأ عبد ا لله - أي بن مسعود - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل ا لله لكم ﴾ [(٢)] .

وروى عن جابر [كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول ا لله - صلى ا لله عليه وسلم - وأبى بكر ..] [(٣)] .

وأما الشيعة الزيدية : فقد قالوا بتحريمه - أي نكاح المتعة - ويؤكدون أن ابن عباس رجع عن تحليله [(٤)] .

وأجيب عن هذه الأدلة :-

١- فقد قالوا بأن الاستمتاع في الآية الكريمة ﴿ فما استمتعتم ﴾ المراد به : النكاح ، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها ، لأنها بدأت بقوله سبحانه :﴿ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم ﴾ وختمت الآية بقوله سبحانه : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ فدل هذا على أن المراد بالاستمتاع في الآية الكريمة ماكان عن طريق النكاح ، وليس المراد به المتعة المحرمة شرعا .

---

(١) نيل الأوطار ١٣٦/٦ - ١٣٧ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد ، نيل الأوطار ١٣٣/٦ .

(٣) نصب الراية ١٨١/٣ .

(٤) البحر الزخار ٢٢/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٦٤/٧ .

وأما تعبير الآية عن المهر بـالأجر فإنـه – المهـر – في النكـاح يسـمى أجـرا في آيات كثيرة منها قوله سبحانه ﴿ **فانكحوهن بإذن أهلهن ، وآتوهن أجورهن** ﴾ (١) . أي مهورهن ، وقوله سبحانه ﴿ يا أيها النبي إنا أحللنـا لـك أزواجـك اللاتـي آتيـت أجورهن ﴾ (٢) أي مهورهن .

وأما الأمر بإيتاء الأجر بعد الاستمتاع ، في حين أن المهر الشأن فيـه أن يكـون قبل الاستمتاع ، فهذا له مثيل في اللغـة مـن تقديـم وتأخـير ، والتقديـر : ﴿ **فـآتوهن أجورهن** ﴾ إذا استمتعتم بهن ، بمعنى إذا أردتم الاستمتاع بهن ، مثل قوله سـبحانه ﴿ **إذا طلقتم النساء فطلقوهن ...** ﴾ (٣) . أي إذا أردتم الطلاق ، ومثل ﴿ **إذا قمتـم الى الصلاة فاغسلوا ...** ﴾ (٤) بمعنى إذا أردتم القيام الى الصلاة .

٢– وأما ماجاء في السنة الشريفة بالإذن في المتعة في بعـض الغـزوات ، فكـان ذلك للضرورة من أجل الحرب ، ومعلوم أن المجاهدين كانوا علـى سـفر في مثـل هـذه الظروف ثم حرمها الرسول – صلى ا لله عليه وسلم – تحريما أبديا إلى يـوم القيامـة . بدليل أحاديث كثيرة ، منها :

أ– [يا أيها الناس ، إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن ا لله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخـل سـبيله ، ولاتـأخذوا مما أتيتموهن شيئا] (٥) .

---

(١) النسـاء / ٢٥ . (٢) الأحزاب / ٥٠ . (٣) الطلاق / ١ .

(٤) المائدة / ٦ .

(٥) رواه مسلم وأحمد عن صبره بن معبد الجهني .

ب – قال سَبْرة بن معبد : (إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة [1] .

جـ – وعن علي – رضي الله عنه (أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحُمر الأهلية زمن خيبر [2] .

وأما ماروى عن بن عباس : من أنه كان يجيز المتعة للمضطر فقط ، فقد روى عنه سعيد بن جبير أنه قال : سبحان الله ، ما بهذا افتيت ، وإنما هي كالميتة لاتحل إلا للمضطر . ولكن الشيعة قد توسعوا فيها وجعلوا الحكم عاماً للمضطر وغيره ، وللمقيم وللمسافر .

ومع ذلك فقد أنكر عليه الصحابة ، مما يجعل رأيه شاذاً تفرد به ، فقد أنكر عليه علي– رضي الله عنه – قائلا له : إنك امرؤ تائه ، لأنه – صلى الله عليه وسلم – نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن لحوم الحُمر الإنسية ، وأنكر عليه غيره من الصحابة – رضي الله عنهم – ثم نقل المحدثون عن بن عباس أنه رجع عن قوله ، فقد روى الترمذي عنه أنه قال : [إنما كانت المتعة في أول الإسلام ، كان الرجل يقدم البلدة ليس له فيها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر مايرى أنه يقيم ، فتحفظ له متاعه ، وتصلح له شأنه ، حتى نزلت هذه الآية الكريمة ﴿ **إلا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم** ﴾ [3] ، قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام] [4] .

والقول برجوع بن عباس : هو الأصح لدى الكثير من العلماء ، ويؤكد هذا

---

(١) رواه أحمد وأبو داود .

(٢) رواه الشيخان وأحمد – تراجع هذه الأحاديث : نيل الأوطار ١٣٠/٦ ، ونصب الراية ١٧٧/٣ .

(٣) سبق تحقيقها .

(٤) نيل الأوطار ١٣٥/٦ .

إجماع الصحابة على التحريم المؤبد ، ومن المستبعد أن يخالفهم – رضي الله عنهم –، روى الحازمي من حديث جابر قال [خرجنا مع رسول – صلى الله عليه وسلم – الى غزوة تبوك ، حتى إذا كنا عند العقبة مما يلي الشام ، جاءت نسوة ، فذكرنا تمتعنا ، وهن تطفنا في رحالنا ، فجاءنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فنظر إليهن ، قال فغضب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى احمرت وجنتاه ، وتمعّر وجهه ، وقام فينا خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه ، ثم نهى عن المتعة ، فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ، ولم نعد ، ولا نعود لها أبدا ، فبها سميت يومئذ : ثنية الوداع) [1] .

كل هذا يدل على نسخ إباحة المتعة ، ولعل بن عباس ومن وافقه من الصحابة والتابعين لم يبلغه الدليل الناسخ في أول الأمر .

وبعد هذا البيان يتضح رجحان قول الجمهور لقوة أدلتهم ، وبهذا نقول بأن تحريم المتعة وبطلان زواجها وبطلان الزواج المؤقت ، هو الصحيح والمقبول حيث أن هذا هو المنطق وروح الشريعة ، ولا يمكن لأي إنسان متجرد محايد إلا إنكار المتعة والامتناع عنها نهائياً .

ومشروع قانون الامارات قد نص على بطلان زواج المتعة في المادة (٧) في الفقرة الأولى منها ونصها : يشترط في الإيجاب والقبول : [أن يكونا منجزين غير دالين على التوقيت ، فلا ينعقد الزواج المعلق على شرط غير متحقق ، ولا الزواج المضاف إلى المستقبل ، ولا زواج المتعة ، ولا الزواج المؤقت ، ولا يعتد بغير ماتضمنه العقد الرسمي من الشروط سوى ما يقضي به العرف] ، ومشروع قانون دول مجلس التعاون لم ينص

---

(١) نصب الراية ٣ / ١٧٩ .

على هذا .

٢- العقد المضاف إلى زمن المستقبل :

هو ماكانت صيغته مضافة الى زمن المستقبل ، مثل أن يقول رجل لامرأة : تزوجتك بعد شهر ، أوفي أول الشهر القادم فقالت : قبلت .

ومعنى هذا أن الزواج لم يرد حصوله في الحال ، وإنما أريد أن يكون بعد شهر .

وحكمه : أنه باطل ولا ينعقد في الحال ، ولا في الوقت المعين ، لأن الزواج عقد من عقود التمليك ، وعقود التمليك تبطلها الإضافة الى الزمان المستقبل .

٣- العقد المعلق على شرط مستقبل :

وهو ماكانت صيغته معلقة على شرط ، بأن علق العاقد الإيجاب على حصول شيء آخر في المستقبل فلو قال رجل لإمرأة : تزوجتك إن جاء فصل الشتاء من العام القادم ، أو أن يقول : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت المراة على ذلك لم ينعقد العقد ، لأن الإيجاب في هاتين الصورتين لايتحقق به ركن عقد الزواج في الحال ، والقبول فيهما قد ورد على الوجه الذي ورد به الإيجاب ، فيكون كلاهما معلقا .

ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن عقود التمليك تبطل بالتعليق على أمر المستقبل ، ولما كان عقد الزواج من قبيل عقود التمليك - كما سبق بيانه - فإنه يبطله التعليق على الأمر المستقبل .

أما إذا كان الإيجاب والقبول في صورة تعليق على أمر قد تحقق وجوده في الزمن الماضي ، أو كان محقق الوجود في وقت العقد بالفعل فلا يبطل العقد / مثل أن

يقول رجل لامرأة : تزوجتك إن كان أمس يوم الخميس وهو كذلك ، أو تقول المرأة : تزوجتك إن كنت نجحت في العام الماضي في إمتحان الدور الأول وكان كذلك ، أو تقول : تزوجتك إن كان أبي حاضراً في هذا المجلس وقد كان حاضرا فيه ، فإنه مادام التعليق على أمر محقق بالفعل فهو تعليق صوري وهو في المعنى بمثابة التنجيز ، فلا يمنع من الانعقاد .

فقد ألحق الفقهاء بالحالة الأخيرة – وهي حالة التعليق على أمر محقق بالفعل وقت العقد – حالة التعليق على أمر لم يكن محققا بالفعل حينئذ ، ولكنه تحقق فورا في مجلس العقد ، مثل أن يقول رجل لامرأة : تزوجتك إن رضي أبوك فقالت : قبلت ، وقد كان أبوها حاضرا في مجلس العقد فقال : رضيت ، فالذي علق عليه الإيجاب هنا وهو رضا الأب لم يكن حاصلا بالفعل وقت العقد ، ولكنه تحقق في المجلس ، فهو في واقع الأمر مستقبل ، وكان مقتضى القياس أن يلحق التعليق عليه بمسائل التعليق على الأمر المستقبل ، غير أن الفقهاء استحسنوا إلحاقه بالتعليق على الأمر المتحقق بالفعل حين العقد ، وقالوا فيه بتمام انعقاد الزواج .

٤ – العقد المقترن بالشرط :

العقد المقترن بشرط : هو نوع يختلف عن التعليق على شرط أو الإضافة إلى المستقبل ، وإن كان قد يشتبه بأحدهما ، كأن تقول : المرأة للرجل تزوجتك على أن تسكنني بعيداً أن أهلك أو عن زوجتك الأولى ، أو يقول ولي المرأة للرجل : زوجتك أبنتي على ألا تنقلها من هذا البلد . وماشابه ذلك من الشروط التي يرى فيها أحد العاقدين أن فيها مصلحة له .

ونرى الفقهاء قد أتفقوا علـى أن الشـروط المقترنـة بـالعقد تتنـوع إلى نوعـين : شروط صحيحة وأخرى غير صحيحة . ولكنهم اختلفوا في حـد الشـرط الصحيـح الـذي يجب الوفاء به . وسوف أكتفي على ماذهب إليه الحنفية في هذا .

مذهب الحنفية : الشرط الصحيح : هو الذي يقتضيه العقـد ، أو يؤكـد الـذي يقتضيه العقد ، أو ورد الشارع به ، أو جرى على العرف .

١- فالذي يقتضيه العقـد : مثـل أن تشـترط الزوجـة علـى زوجهـا أن ينفـق عليها ، أو يعطيها مهراً ، أو يحسن معاشرتها . كل هـذا ممـا يقتضيـه العقـد ولـو لم يشرطه أحدهما .

٢- والذي يؤكد ما يتقضيه العقد : كاشتراط ولي المرأة أو هـي أن يكـون والـد الزوج كفيلا بالمهر أو النفقة ، فإنهما من مقتضيات العقد واشتراط الكفالـة بهمـا يؤكـد حصولهما .

٣- وأما ما ورد به الشرع كاشتراط الزوجة أن يكون أمرها بيدها لتطلق نفسـها متى شاءت ، وكاشتراط الزوج أن يكون الطلاق بيده إذا تعثرت الحياة الزوجية .

٤- وأما ماجرى عليه العرف كاشتراط الزوج أن يدفع لهـا نصـف المهـر فقـط قبل الدخول وكان عرف بلدهما جاريا على هذا وحكم هذا الشرط : أنـه يجـب الوفـاء به . فإن لم يوف به من التزمه فإن هـذا لايثبـت الخيـار لشـارطه في فسـخ العقـد لأن فوات هذا الشرط لايؤثر في العقد .

والشرط غير الصحيح : هو ماكان غير واحد مـن تلـك الأنـواع وإن كـان فيـه مصلحة لأحد العاقدين كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليهـا أو لايخرجهـا مـن البلـد الـذي

تزوجها فيه ؛ وكاشتراط الزوج ألا يدفع لها مهراً أو أن تقوم الزوجة بالإنفاق على البيت ؛ وألا يتوارثا إذا مات أحدهما وكانا مسلمين . وحكم هذا الشرط أنه يلغو وحده وليس له تأثير في العقد . بمعنى أن العقد يظل صحيحاً ، لأن القاعدة المقررة أن الزواج لايبطل بالشروط الفاسدة (١) .

ويرى الحنابلة : أن الشرط اللازم ، يجب الوفاء به ، بل قالوا إن الشرط مادام صحيحا وفيه مصلحة للمرأة ، فلها خيار الفسخ إن لم يوف لها ماشترطت ، لأنها لم ترض بالزواج إلا على أساس الوفاء بشروطها ، وإذا لم يتحقق الوفاء به فات الرضا المطلوب في عقد الزواج .

واستدلوا بقوله – صلى الله عليه وسلم – [إن أحق ماوفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج) . وبقوله [المسلمون على شروطهم] والحنابلة لايبطلون من الشروط إلا ما دل على بطلانه دليل شرعي ، كأن يشترط التوارث مع اختلاف الدين .

وقد نقل عن كبار الصحابة – رضوان الله عنهم – قولهم بلزوم الشرط الصحيح ؛ ووجوب الوفاء به وإلا فللمشروط له خيار الفسخ (٢) .

وقد نصت المادة – ٢٨ – من مشروع قانون الإمارات على الشروط المقترنة بالصيغة في فقراتها ١ ، ٢ ، ٣ وهي :

١– [إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ١٧٣ - ١٧٤

(٢) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٣٧ - ١٣٩

٢- وإذا اشترط فيه شرط لاينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرم شـرعا بطل الشرط وصح العقد .

٣- وإذا اشترط فيه شرط لاينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به ، وإذا أخل به من شروط عليه كان لمن شرط له حق الخيار سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج] .

أما مشروع قانون دول مجلس التعاون فقد نصت المادة - ٥ - في فقرة ب إذا أقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده ، فشرط باطل والعقد صحيح . وفي الفقرة د للمتضرر من الزوجين عند الاخلال بالشرط حق طلب فسخ العقد أو التطليق .

وبهذا نرى أن ما نصت عليه المادة - ٢٨ - من مشروع الإمارات أكثر شمولا مما نصت عليه المادة - ٥ - من مشروع دول مجلس التعاون .

المبحث الرابع
شـــروط عقــد الـــزواج [1]

تمهيــد :

الشرط لغة : العلامة المميزة .

واصطلاحا : هو ما يتوقف عليه الشيء ، وكان خارجا عن حقيقته ، ولا يلزم مـن وجوده وجود المشروط ، ولكن يلزم من عدم الشرط عدم المشروط ، مثل الوضوء شــرط في صحة الصلاة ، فلا بد للصلاة منه ، بمعنى أنه إذا لم يوجد فلا يمكن تحقق الصلاة ، وإذا وجد فليس بلازم أن توجد الصلاة .

الفرق بين الركن والشرط :

اتضح فيما سبق أن الركن يترتب علــى انعدامــه أو علـى عـدم وجـوده انعـدام الشيء أو عدم وجود الشيء ، وكذلك الشرط إذا انعدم انعدم المشروط ، فهذا حكم يتفق فيه الركن والشرط ، ولكن هناك حكم آخــر لا يتفقـان فيـه وإنمـا يختلفـان ، وهـو أن الركن جزء من الحقيقة ولا تتحقق هذه الحقيقة إلا بوجود الأركان جميعها .

أما الشرط فليس جزءاً من هذه الحقيقة وإنما هو أمر خــارج عنهــا ، فاشـتراط الشهادة على عقد الزواج ليس جزءاً من العقد وإنما هو أمر خارج عنه ، وكذلك الوضوء ليس جزءاً من الصلاة ولكنه خارج عنها .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٣٦٦/٢ ، ٣٦٧ ، ٣٧٣ ، البدائع ٢٣٢،٢ ، مغني المحتـاج ١٦٩/٣ ، المهـذب ٤٠/٢ ، كشـاف القنـاع ٤٣/٥ ، ٤٤ ، الشـرح الصغـير ٣٩٦/٢ ، الفقـه الإسـلامي وأدلتـــه ٤٧/٧ ومابعدها ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٤٠ ومابعدها .

أنواع الشروط :-

تتنوع شروط الزواج عند الحنفية إلى أربعة أنواع :

أولاً : شروط الانعقاد .

ثانياً : شروط الصحة .

ثالثاً : شروط النفاذ .

رابعاً : شروط اللزوم .

فشروط الانعقاد : هي التي يجب مراعاتها في أركان العقد ذاتها ، أو في الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان ، بحيث لو تخلف شيء منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم ، ويكون العقد باطلاً .

- **فالعقد الباطل :** هو الذي أصابه الخلل في ركن من أركانه أو في أساس من أسس هذه الأركان .

- **وشروط الصحة :** هي التي إذا توافرت يصير العقد صالحا صلاحية تامة لترتب الأثر الشرعي عليه ، فإذا تخلف شيء منها فاتت هذه الصلاحية ويكون نتيجة هذا التخلف - الفساد - ومعلوم أن توافر هذه الشروط لا يكون إلا بعد توافر شروط الانعقاد .

- **فالعقد الفاسد :** الخلل فيه ليس راجعا إلى ركن من أركانه ، وإنما يرجع إلى خلل في شروط الصحة ، بمعنى أنه يفقد شرطا من هذه الشروط .

- **وشروط النفاذ :** هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل .

- **فالعقد النافذ :** هو الذي يترتب عليه أثره الشرعي ، ويكون هذا بتحقق الشروط المعتبرة لذلك بعد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة ، فاذا تخلف شرط من

شروط النفاذ كان العقد موقوفا .

- **والعقد الموقوف :** هو الذي لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بعد إجازة من له الحق في إجازته ، وبذلك يرتفع عنه حكم الوقف .

- **وشروط اللزوم :** هي التي يتوقف عليها استدامة أثر العقد وبقاؤه ، بمعنى ليس لأحد من الزوجين أو غيرهما في عقد الزواج خيار فسخه أو أن يعترض عليه .

هذه هي الأنواع الأربعة لشروط عقد الزواج ، وهي مرتبة بهذا الترتيب السابق ، بمعنى أن كل نوع منها أساس للذي يليه ، فشروط الانعقاد أولا ثم شروط الصحة ، فاذا ما توافرت شروط الانعقاد والصحة كانت شروط النفاذ ، وإذا ما توافرت هذه كانت شروط اللزوم بمعنى أن العقد يصبح منعقدا صحيحا نافذا لازما ، فاللزوم هو قمة هذه المراتب وأخصها .

وقد تنوع العقد بسببها إلى أنواع خمسة : ثلاثة منها تندرج في الصحيح ، وهي الموقوف والنافذ واللازم ، وإثنان يندرجان في غير الصحيح ، وهما الباطل والفاسد . وبعد هذا البيان الاجمالي ، يكون الحديث عنها تفصيلا فيما يأتي :

أولاً : شروط إنعقاد الزواج :-

وهي الشروط التي لا يتم العقد بدونها بمعنى إذا فقدت كلها أو بعضها لايكون للعقد وجود شرعي وكان باطلا . وهي إما أن تكون متعلقة بالعاقدين - الرجل والمرأة - أو متعلقة بالصيغة - الإيجاب والقبول .

ما يشترط في العاقدين :

١- أن يكون كل من العاقدين عاقلا مميزاً ، بمعنى أن يكونا أهلا لمباشرة عقد الزواج ، فلا ينعقد الزواج بعبارة الصغير غير المميز والمجنون ومن يشبههما كالنائم

والسكران ، فليس المراد هنا الأهلية الكاملة التي تكون بالبلوغ ، ولكن يكفي التمييز ، أما الأهلية الكاملة فقد اشترطها الحنفية لنفاذ العقد .

٢- أن يسمع الإيجاب والقبول كل من المتعاقدين ، ويفهمان أن المقصود إنشاء عقد الزواج ، وذلك ليتحقق الارتباط بين عبارتيهما المكونتين للعقد ، فإذا لم يتم السماع أو لم يمكن فهم المراد لم يحصل ذلك الارتباط .

وهذان الشرطان من الشروط العامة التي يجب توافرها في كل العقود . وقد نصت المادة (١٩) في فقرتها الأولى من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي :

[١- يشترط في الأهلية للزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ] .

ومشروع قانون دول مجلس التعاون قد نص في المادة - ٧ - على الآتي [تكمل أهلية الزواج بالعقل ، وإتمام الثامنة عشرة من العمر] ، وكذلك نصت المادة - ١٠ - منه على :

[أ - إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من عمره الزواج وأمتنع وليه عن تزويجه جاز له رفع الأمر إلى القاضي .

ب - يحدد القاضي مدة لحضور الولي يبين خلالها أقواله فإن لم يحضر أصلا أو كان أعتراضه غير سائغ زوجه القاضي] .

ما يشترط في المرأة : يشترط فيها شرطان :

١- أن تكون أنثى محققة الأنوثة : بمعنى أن الزواج لا ينعقد على الرجل أو الخنثى المشكل ، وهو الذي لا يستبين أمره ، أهو رجل أم انثى ؟ ويكون الزواج بالنسبة له - الخنثى - باطلا .

٢- ألا تكون المرأة محرمة تحريما قطعيا لا شبهة فيه ، لذلك لا ينعقد الزواج بالمحارم مثل : الأم ، البنت ، الأخت ... ، والمتزوجة بزوج آخر ، والمعتدة ، والمرأة المسلمة بغير المسلم ، فالزواج في كل هذه الحالات باطل . ونصت على هذا الشرط المادة (٩) من مشروع قانون الإمارات .

ما يشترط في صيغة العقد :

والمقصود بالصيغة : الإيجاب والقبول ، ويشترط فيها خمسة شروط هي :

١- إتحاد مجلسي الإيجاب والقبول ، بمعنى أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فالمراد اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، لا مجلس المتعاقدين ، لأن شرط الارتباط إتحاد الزمان ، فكان المجلس جامعا لأطرافه من أجل التيسير على العاقدين .

فإن اختلف المجلس ، فإن العقد لا ينعقد ، فإذا قالت المرأة : زوجتك نفسي ، أو قال الولي : زوجتك ابنتي ، فقام الطرف الاخر عن المجلس قبل القبول ، أو انشغل بعمل آخر يفيد انصرافه عن المجلس ، ثم قال : قبلت ، فإنه لا ينعقد العقد عند الحنفية . فهذا يدل على أن مجرد الوقوف بعد القعود يغير المجلس . وكذلك إذا انصرف العاقد الأول عن المجلس بعد الايجاب ، ثم قبل الآخر وهو في المجلس في غيبة الأول أو بعد عودته ، لم ينعقد العقد . ومن تغيير المجلس عند الحنفية الركوب على دابة بأكثر من خطوتين ، ونوم العاقدين مضطجعين ، لا جالسين ، فهذا دليل الإعراض عن القبول ، لكن الفورية ليست شرطا للقبول فينعقد العقد وإن طال المجلس .

والمعول عليه في الحقيقة في الحد الفاصل بين اتحاد المجلس واختلافه هو العرف ، فما يعتبره العرف إعراضا عن العقد أو فاصلا بين الإيجاب والقبول يكون مغيرا لمجلس العقد ، وما لا يعتبر إعراضا ، او فاصلا ، لا يكون مغيراً للمجلس .

وعند الجمهور [1] : تشترط الفورية بمعنى ألا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل كثير [2] . أما إذا غاب أحد العاقدين عن الآخر ، وكان التعاقد بطريق الكتابة أو الرسالة ، فقد قال الحنفية : بأن مجلس عقد الزواج ، يكون هو مجلس قراءة الكتاب أمام الشهود ، أو سماع رسالة الرسول بحضرة الشهود ، هنا يتحد المجلس ، لأن الكتابة بمنزلة الخطاب من الكاتب ، وكذلك كلام الرسول هو كلام المرسل ، لأنه ناقل لعبارة المرسل ، فكان قراءة الكتاب . وسماع قول الرسول ، هو كلام الكاتب معنى . وسماع قول المرسل معنى . فإن لم تتم قراءة الكتاب أو لم يسمع كلام الرسول لا ينعقد العقد عند أبي حنيفة ومحمد لاشتراط الشهادة على شطري العقد .

٢- عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر ، فإن الرجوع عن الإيجاب يبطله ، فاذا ورد القبول بعد ذلك كان وارداً على غير شيء فلا ينعقد ، والإيجاب غير ملزم لصاحبه إلا إذا استمر عليه حتى ورد عليه القبول . بمعنى أنه يكون للموجب الرجوع ما دام لم يقبل الآخر . فإذا قبل الآخر لزمه الإيجاب .

---

(١) مغني المحتاج ٥/٢ ، ٦ ، كشاف القناع ١٣٦/٣ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٥٦/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ص ٤٩/٧ ، ٥٠ .

(٢) استثنى المالكية من الفورية بين الإيجاب والقبول مسألة . وهي أن يقول الرجل في مرضه : إن مت فقد زوجت ابنتي فلانة من فلان ، فهذا يصح ، طال الأمر أو لا .

٣- موافقة القبول للإيجاب ومطابقته له : وهذا التوافق يكون باتحاد القبول والإيجاب في محل العقد وفي مقدار المهر ، فإذا اختلفا وكانت المخالفة في محل العقد ، مثل قول ولي الفتاة : زوجتك زينب ، فيقول الرجل : قبلت زواج عائشة ، فلا ينعقد الزواج ؛ لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب من أجله ، فلا يصح ، وإن كانت المخالفة في مقدار المهر ، مثل قول الأب : زوجتك ابنتي على خمسين درهم ، فيقول الزوج : قبلت الزواج بثلاثين ، لا ينعقد العقد ، إلا إذا كانت المخالفة لأفضل بأن يقول الزوج : قبلت بمائة ، هنا يصح العقد عند الحنفية [١] .

وسبب عدم انعقاد العقد عند المخالفة بمقدار المهر ، مع أن المهر ليس ركنا من أركان العقد : لأن المهر إذا ذكر في العقد ، التحق بالإيجاب وصار جزءًا منه ، فيلزم أن يأتي بالقبول على وفق الإيجاب ، حتى ينعقد العقد .

٤- أن يسمع الإيجاب والقبول كل من المتعاقدين ، ويفهمان أن المقصود هو إنشاء عقد الزواج ، لتحقق الارتباط بين عبارتيهما ؛ لأن عدم السماع ، وعدم فهم المراد ، يؤدي إلى عدم الارتباط .

٥- التنجيز : بأن تكون مفيدة لمعناها في الحال ، غير معلقة على أمر في المستقبل أو مضافة كذلك . مثل قول الرجل للمرأة : تزوجتك فتقول قبلت فهذا لاشيء فيه ؛ فإن قال : تزوجتك إن قدم فلان من سفره وقبلت ؛ أو تزوجتك في العام القادم وقبلت لاينعقد العقد . لأن الزواج عقد تمليك وهو لايقبل التعليق والاضافة

ونصت المادة - ٧ - من مشروع قانون الإمارات على هذه الشروط . وكذلك نصت عليها المادة - ٢٣ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون .

---

(١) لأن الحنفية لايشترطون توافر حقيقة الرضا ، فيصح مع الإكراه والهزل ، فكان هذا أولى .

ثانيا : شروط صحة الزواج [1]

شروط صحة الزواج : هي التي إذا تحققت كـان العقد صالحـاً لـترتب آثـاره الشرعية عليه بعد انعقاده ، وإذا تخلف شرط منها كان العقد غير صالح لـترتب آثـاره عليه ، ويسمى حينئذ فاسداً ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : الإشهاد على عقد الزواج .

الشرط الثاني : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة أو فيـه خلاف بين الفقهاء .

الشرط الثالث : أن تكون الصيغة مؤبدة .

الأول : الشهادة :

ينفرد عقد الزواج من بين سائر العقود والتصرفات بلزوم الشـهادة عليـه حتـى يكون منتجا لآثاره الشرعية . أما غيره من العقود والتصرفات فالشهادة فيـه مندوبـة في رأي أكثر العلماء .

والحكمة في لزوم الشهادة على الزواج أن لـه شـأنا عظيمـا في نظـر الإسـلام ، ولأن في الشهادة عليه منعا للظنون والشبهات ، ودفعا لقول السوء عن الزوجين عندمـا يرى الرجل مقيما مع المرأة في عشرة واحدة .

والكـلام عـن هـذا الشـرط يكـون في ثلاثـة مواضـع : آراء الفقهـاء في إشـتراط الشهادة على الزواج ، وقت الشهادة ، شروط الشهود .

---

(١) البدائع ٣٥١/٢ - ٣٥٧ ، ٣٦٣ ومابعدها ، تبيين الحقائق ٩٨/٢ ومابعدها ، الشرح الكبـير ٢٣٦/٢ - ٢٤٠ ، مغني المحتاج ١٤٤/٣ - ١٤٧ ، المهذب ٤٠/٢ ، المغني ٤٥٠/٦ ، القوانين الفقهية ١٩٧ .

أولاً : آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة :

اتفقت المذاهب الأربعة [1] على أن الشهادة شرط في صحة الزواج ، فلا يصح بلا شهادة اثنين ، لقوله – صلى الله عليه وسلم – فيما روته عائشة – رضي الله عنها – (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) [2] . وروى الترمذي عن ابن عباس – رضي الله عنه – من قوله – صلى الله عليه وسلم – (البغايا اللاتي يَنْكحن أنفسهن بغير بينة) [3] ، ولأن في الشهادة – كما ذكر سابقا – بعداً عن الظنون ، ومنعا للجحود ، جحود الولد .

إخفاء النكاح : ذهب المالكية [4] إلى القول – تأكيدا لشرط الشهادة – يفسخ النكاح إذا كان نكاح سرٍ (وهو الذي يوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته ، أو عن جماعة ولو أهل منزل) بطلقة بائنة إن دخل الزوجان ، كما يتعين فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا إشهاد ، ويحدان معا حد الزنا جلداً أو رجماً إن حدث وطء وأقرّا به ، أو ثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا ، ولا يعذران بجهل .

ولكن لا يجب الحد عليهما إن فشا النكاح وظهر بنحو ضرب دف أو وليمة ، أو بشاهد واحد غير الولي ، أو بشاهدين فاسقين للشبهة ، لقوله – صلى الله عليه

---

(١) هذا هو المعتمد في مذهب المالكية ، بخلاف ماتذكره بعض الكتب من أنه لايشترط الإشهاد عند الإمام مالك ، بل يكفي الإعلان ولو بالدف . وهذا هو المشهور عن أحمد أنه لاينعقد إلا بشاهدين ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٠/٧ ومابعدها .

(٢) رواه الدار قطني وابن حبان في صحيحه .

(٣) نيل الأوطار ١٢٥/٦ .

(٤) الشرح الكبير مع الدسوقي ٢٣٦/٢ ، الشرح الصغير ٣٣٦/٢ ومابعدها .

وسلم – (إدرءوا الحدود بالشبهات) [1] .

وقال الحنابلـة : لا يبطل العقد بالتواصي بكتمانـه . فلو كتمه ولي وشهود وزوجان صح وكره [2] .

وذهب قوم إلى القول – وهو قول شاذ – وهو لابن أبي ليلى وأبي ثور وأبي بكر الأصم – وهو مذهب الشيعة الإمامية [3] . بأنه لا تشترط الشهادة في الزواج ولا تلزم ، لأن الآيات الواردة في شأن الزواج لا تشترط الإشهاد مثل قوله سبحانه (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) . وقوله سبحانه ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ فيعمل بها على إطلاقها ، والأحاديث الواردة لا تصلح مقيدة .

والشيعة الإمامية ، وإن كانوا لا يشترطون الاشهاد ، ولكنهم قالوا باستحباب الإعلان والإظهار في النكاح الدائم والإشهاد .

الترجيح : ولا شك أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأصح والأقوى لقوة أدلته . أما القول الآخر الذي لا يشترط الشهادة فهو قول باطل لا يعول عليه ، حيث لا دليل عندهم .

ثانياً : وقت الشهادة

ذهب الجمهور – غير المالكية – إلى القول بأن الشهادة تلزم حين إجراء العقد ، ليسمع الشهود الإيجاب والقبول ، عند صدورهما من المتعاقدين . فإن تم العقد بدون الشهادة كان العقد فاسدا ، لقوله – صلى الله عليه وسلم – السابق – :

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ، رواه مسدد في مسنده عن ابن مسعود موقوفا – الجامع الصغير – .

(٢) غاية المنتهى ٢٧/٣ .

(٣) المختصر النافع في فقة الإمامية ص ١٩٤ .

(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) ، وظاهره عند النكاح ، وبه تحقق حكمة الشهادة ، ولأن الشهادة – كما قال الحنفية – [1] شرط ركن العقد ، فيشترط وجودها عند الركن .

وذهب المالكية إلى القول : بأن الشهادة شرط لصحة الزواج ، سواء أكانت عند إبرام العقد ، أو بعد العقد وقبل الدخول ، ويستحب فقط كونها عند العقد ، فإن لم تصح الشهادة وقت العقد أو قبل الدخول ، كان العقد فاسدا ، ويكون الدخول بالمرأة هنا معصية ، ولما كان كذلك تعين فسخه ، فالشهادة إذن عندهم شرط في جواز الدخول بالمرأة ، لا في صحة العقد ، وهذا هو محل الخلاف بين الجمهور والمالكية .

ثالثاً : شروط الشهود

اشترط الفقهاء شروطا في الشهود لا بد أن تتوافر فيهم حتى تقبل شهادتهم ، وهذه الشروط هي :

١– **العدد** : فلا يصح عقد الزواج إلا إذا تعدد الشهود ، وهذا شرط اتفق فيه الفقهاء ، فلا ينعقد النكاح بشاهد واحد ، لقوله سبحانه : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) [1] ، وللحديث السابق :(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) . فقد نصت الآية الكريمة ، وكذلك الحديث بأن الشهادة تحصل برجلين أو برجل وامرأتين . وهذا بالنسبة للأمور عامة ، والشهادة على غير الزواج ليست واجبة وإنما هي مستحبة ومندوبة عند جمهور الفقهاء ، ولكنها على الزواج شرط في صحته عند الجمهور كما سبق ، وهي لا تصح إلا برجلين أو برجل وامرأتين ، وهذا عند

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧٢/٧ .   (٢) البقرة /١٨٢ .

الحنفية ، أما الشافعية ومن وافقهم فقالوا : لا تجوز الشهادة في الزواج إلا برجلين ، ولا تصح شهادة النساء عندهم في هذا الأمر .

ومشروع قانون الإمارات جاء موافقا لمذهب الشافعية فقد أقتصر على شهادة الرجال فقط وقد نصت على هذا المادة – ٨ – فقرة ١ [يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين معا كلام المتعاقدين فاهمين أن المقصود به الزواج] .

أما مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون فقد نصت المادة ٣١ على الآتي [يشترط في الشاهد أن يكون عاقلا بالغا من أهل الثقة ، سامعا الايجاب والقبول ، فاهما أن المقصود بهما الزواج ، مسلما متى كانت الزوجة مسلمة .

٢- العقل : فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج ، وكذلك غير البالغين ، إذ لا تتحقق الغاية من الشهادة وهي الإعلان واثبات الزواج في المستقبل عند الجحود والإنكار بهذه الشهادة وكذلك فإنهما أي المجنون والصبي لا ولاية لهما على أنفسهما فمن باب أولى لا تكون على غيرهما .

٣- الحرية : شرط عند جمهور الفقهاء – غير الحنابلة – بمعنى أن يكون الشاهدان حرين ، فلا يصح الزواج بشهادة عبدين ، لخطورة عقد الزواج ، وللعلة السابقة وهو أنه لا ولاية له على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره . وقال الحنابلة ينعقد الزواج بشهادة عبدين ، لأن شهادة العبيد مقبولة عندهم في سائر الحقوق ، ولم يسبق نفيها في كتاب أو سنة أو إجماع ، قال أنس بن مالك : ما علمت أحدا رد شهادة العبد ، والله يقبلها على الأمم يوم القيامة ، فكيف لا تقبل هنا ؟ وتقبل روايته في الحديث عن النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا كان عدلا ثقة ، فكيف لا تقبل

فيما دون ذلك ؟ والمعول عليه في الشهادة الثقة بخبر الشاهد ، فإذا كان العبد ثقة عدل افتقبل شهادته .

٤- الإسلام : هذا شرط بالاتفاق ، وهو أن يكون الشاهدان مسلمين ، واشتراط هذا إذا كان الزوجان مسلمين ، واكتفى الحنفية بهذا الشرط إذا كانت الزوجة مسلمة ، فإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عندهم ، لأن شهادة الكتابي على مثله جائز ، ولا يصح عند غيرهم لأن الزوج مسلم ، ولا بد من معرفة الزواج في أوساط المسلمين .

ودليل الذين منعوا شهادة غير المسلم إذا كانت الزوجة ذمية والزوج مسلم ، الحديث السابق [لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل] .

والمراد بالعدالة : عدالة الدين وهي لا توجد في غير المسلمين .

الدليل الثاني : أن الشهادة هي شهادة على العقد ، والعقد يتعلق بالزوج المسلم والزوجة الكتابية ، فإذا جازت شهادة غير المسلم على هذا العقد كان فيه شهادة غير المسلم على المسلم وذلك لا يجوز ، وأما ما استدل به الحنفية ، على جواز شهادة غير المسلم اذا كانت الزوجة ذمية ، فقد قالوا : بأن الشهادة في الزواج شهادة على المرأة ، لأنها الجانب الأضعف في الطرفين ، و الشهادة يراعى فيها الجانب الأضعف فتكون المرأة هي المشهود عليها ، وما دامت المرأة كتابية فيجوز أن يكون الشاهدان كتابيين كذلك . وكذلك فقد ذهب الحنفية إلى القول : بقبول شهادة الكتابيين إن كان الزوجان غير مسلمين .

٥- سماع الشهود كلام العاقدين مع فهم المراد منه : هذا شرط عند أكثر الفقهاء ، فلا ينعقد بشهادة نائمين أو أصمين ، لن الغرض من الشهادة لا يتحقق

بأمثالهما . كذلك لا يصح بشهادة السكران الذي لا يعي ما يسمع ، ولا يصح أيضا بشهادة غير عربي في عقد بالعربية إذا كان لا يعرف اللغة العربية ، لأن القصد من الشهادة فهم كلام العاقدين ، وأداء الشهادة عند اللزوم والاختلاف . وهذا هو الراجح عند الحنفية . ولا يشترط في الشهود أن يكونوا ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في القضاء ، فيصح الزواج بشهادة ابني الزوجين أو ابني أحدهما إلا عند الحنابلة ، فإنه لا يصح ، وكذلك تصح شهادة عدويهما ، لن الولد والعدو من أهل الشهادة . وتصح شهادة الحواشي والأعمام إذا كان الولي – عند غير الحنفية – غيرهم ، فالولي عند الجمهور شرط كالشهود ، والشهود غير الولي . وقد وضع الحنفية ضابطا لمن تقبل شهادته في الزواج ومن لا تقبل ، فقالوا : كل من صلح أن يكون وليا في الزواج بولاية نفسه ، صلح أن يكون شاهدا فيه . ونصت المادة (٨) من مشروع قانون الامارات في فقرة – ٢ – :

٢– ويشترط إسلام الشاهدين ، ويكتفى عند الضرورة بشهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية .

ونص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون في المادة ٣١ على هذا كما ذكر سابقا .

٦– عدالة الشهود :

من الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج ـ تحقق العدالة الظاهرة وهي : الاستقامة واتباع تعاليم الدين ولو ظاهريا ـ بمعنى أن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والإنحراف . وهذا ما ذهب إليه الجمهور ـ فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق للحديث السابق :(لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) ثم إن الشهادة تكريم

للزواج وإظهار لشأنه ، والفاسق ليس من أهل التكريم حتى يكرم العقد به ، ولكنه من أهل الإهانة .

أما الحنفية : فقد قالوا بأن العدالة ليست شرطا في الشهود ، بمعنى أنه يصح أن ينعقد الزواج بشهادة العدول وغير العدول من الفساق ، لن هذه الشهادة تحمّل ، فتصح من الفاسق كسائر التحملات ، وكذلك هو من أهل الولاية فمن باب أولى يكون من أهل الشهادة ، وهو ما ذهب إليه الشيعة الإمامية أيضاً ، لن الشهادة عندهم ليست شرطا لصحة العقد ، بل هي مندوب إليها – كما سبق – .

وأعتقد أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لأن النص بجانبهم ، ومع هذا لم يشترط مشروع قانون الامارات ولا مشروع القانون العربي الموحد عدالة الشهود ، ولذلك تصح شهادة الفاسقين على عقد الزواج . وكان الأفضل الأخذ برأي من قالوا بالعدالة .

٧- البصر :

ذهب الشافعية في اشتراط البصر – في الأصح – حتى تقبل الشهادة في الزواج ، بمعنى أن شهادة الأعمى لا تقبل ، لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة كالسماع ، فهو لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

ولكنه – البصر – ليس بشرط عند الجمهور (١) غير الشافعية ، فتصح شهادة الأعمى إذا سمع كلام العاقدين وميز صوتهما على وجه لا يشك فيهما ، لأنه أهل للشهادة .

---

(١) فتح القدير ٣٥٣/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١٦/٢ ، المغني ٤٥٣/٦ .

وهذه الشهادة تكون على القول ، فتصح كما تصح في المعاملات .

والذي أراه راجحاً في هذا هو ما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط الإبصار في شهود عقد الزواج ، لأنها شهادة على قول فتصح من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة . وقد أغفل المشروعان هذا الشرط ، وذلك عملا بالرأي الراجح .

الثاني :

ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيه شبهة ، أو تحريما مؤقتا ، أو فيه خلاف بين الفقهاء ، كأن تكون المرأة في العدة من طلاق بائن ، أو تكون أختاً للمطلقة التي لا تزال في عدتها ، وكالجمع بين اثنتين كلتاهما محرم للأخرى ، كتزوج العمة على ابنة أخيها ، والخالة على ابنة أختها ، فالزواج في هذه الحالات يكون فاسداً لعدم تحقق الشرط – عند الحنفية – لذلك لا يحل فيه الدخول بالمرأة . ويجب التفريق بين الرجل والمرأة جبراً ، إن لم يتفرقا اختياراً . فإذا لم يتم بعد هذا العقد الفاسد دخول فلا يترتب عليه شيء من آثار الزواج . أما إذا حدث دخول – وهو معصية – فإنه مع وجوب التفريق بينهما ، تترتب عليه بعض الآثار فيجب فيه للمرأة الأقل من المسمى ومهر المثل ، وتجب عليها العدة ، ويثبت نسب الولد من الرجل ، إن حصل حمل من ذلك الدخول . ولكنه لا يثبت به حق التوارث بين الزوجين . أما إذا كانت المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبداً ، كالخت والبنت والعمة ، فإن العقد هنا يكون باطلا بالاتفاق ، ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج ، لأن هذا يعتبر شرطا من شروط الانعقاد .

وبهذا نخلص الى القول : بأنه إذا كان التحريم قطعيا ، كان سببا من أسباب البطلان ، وإذا كان التحريم ظنيا ، كان سببا من أسباب الفساد عند الحنفية .

وجاء هذا المعنى في المادة – ٩ – ونصها : [يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو مؤقتا] .

ونصت المادة – ٢١– من مشروع قانون دول مجلس التعاون على نفس المعنى .

الثالث : من شروط صحة الزواج أن تكون صيغة الايجاب والقبول مؤبدة :

بمعنى ألا يكون فيها توقيت للزواج بمدة سواء أكانت معينة أم غير معينة ، طويلة أم قصيرة ، فإذا وُقت الزواج بمدة كان فاسداً ، لأنه حينئذ لا يُقصد به ، ما كان للزواج الشرعي من المعاشرة الدائمة والتناسل والقرار ، وإنما يقصد لحاجات وقتية ينتهي بانتهائها مثل أن يقول الرجل لامرأة : تزوجتك شهرا أو سنة ، أو يقول الرجل الغريب في بلد لامرأة : تزوجتك مدة مقامي في هذا البلد . وقد سبق بيان رأي الجمهور والأحناف في هذه المسألة .

ثالثاً : شروط النفاذ :

العقد النافذ : هو العقد الصحيح الذي يصدر من شخص رشيد كامل الأهلية – أهلية الأداء – بحيث يكون من سلطته إبرام هذا العقد ، وعلى ذلك فتكون شروط النفاذ لعقد الزواج ، هي التي يقصد بها تلك الشروط التي إن توافرت صار عقد الزواج نافذا ، أما إن تخلفت أو تخلف شرط منها ، كان العقد غير نافذ . وحتى يكون عقد الزواج نافذاً وتترتب عليه آثاره الشرعية بالفعل بعد توافر شروط الإنعاقد وشروط الصحة لا بد من تحقق الشروط الآتية [1] :

(١) البدائع ٢٣٣/٢ ومابعدها ، الدر المختار ٣٧٩/٢ ، الشرح الصغير ٣٩١/٢ ، الشرح الكبير ٢٤١/٢ .

أولاً : أن يكون كل من الزوجين كامل الأهلية إذا تولى العقد بنفسه أو وكل به غيره . وكمال الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية . فمتى كان كل من الزوجين المتعاقدين عاقلاً حراً فقد نفذ العقد وترتب آثاره عليه . من حل الدخول بالمرأة ووجوب المهر . وكذلك إذا باشر العقد وكيله فإنه يكون نافذاً ولا يتوقف على إجازة أحد . وقال محمد : إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها ، بدون ولي ، كان زواجها موقوفا على إجازة الولي . أما إن كان أحد العاقدين ، أو كلاهما فاقد الأهلية ، بأن كان مجنونا أو صبيا غير مميز وتولى زواجه بنفسه فالعقد باطل – كما سبق – ولو أجازه من له إجازته لأن الاجازة لا تجعل الباطل صحيحا ، وإنما تجعل الموقوف نافذاً . وأما إن كان أحد العاقدين ، أو كلاهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها أو صبيا مميزاً ، وتولى زواجه بنفسه فالعقد موقوف على إجازة من له إجازته ، فإن أجازه كان نافذاً ، وتترتب عليه آثاره ، وإن لم يجزه كان باطلا .

ثانياً: ألا يكون العاقد وليا أبعد مع وجود الولي الأقرب ، كأن يعقد العم أو الأخ مع وجود الأب ، فإن تم العقد بهذه الصفة كان موقوفا على إجازة الأب لأنه سبحانه وتعالى جعل له هذا الحق .

ثالثاً: ألا يخالف أمر موكله إذا كان وكيلا . فإذا وكله في زواج امرأة معينة ، أو وكلته المرأة في زواج شخص معلوم ، فزوجه من غيرها ، أو زوجها من غيره توقف العقد على إجازة الموكل .

رابعاً : ألا يكون العاقد فضوليا : وهو من ليس له ولاية التزويج وقت العقد ، وهو شرط نفاذ عند الحنفية والمالكية ، فإذا زوج شخص إمرأة لرجل وقبل عنه ، أو كان العكس ، دون ولاية ولا وكالة وقت العقد . كان الزواج موقوفا على

إجازة صاحب الحق في هذا ، وأما عند الشافعية والحنابلة : فإن تصرف الفضولي من بيع وزواج باطل .

ويجب ملاحظة أمران :

أحدهما : أنه لا يشترط في نفاذ العقد الرشد . فيصح عقد الزواج وينفذ من السفيه ، ولو كان محجورا عليه ، وكذلك ذي الغفلة ، وذلك لأن موضوع الحجر في السفيه وذي الغفلة يكون ذلك في التصرفات المالية ، وأما التصرفات الشخصية فليست موضع حجر ، فيجوز الزواج ، ولكن لا يثبت من المهر أكثر من مهر المثل إذا كان السفيه هو الزوج ، ويثبت لها مهر مثلها على الأقل إذا كان السفيه هو ولي الزوجة .

الثاني : أن مذهب أبي حنيفة ورواية عن أبي يوسف أن المرأة لها كامل الولاية في شأن زواجها ، وليس لأحد عليها ولاية الإجبار ما دامت بالغة عاقلة . كما أن العقد ينشأ بعبارتها ويصح ، وإن كان الأفضل أن توكل عنها غيرها – وليها العاصب – في شأن زواجها .

وجمهور الفقهاء : على أن المرأة ليس لها أن تزوج نفسها بنفسها ، وأن العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وسوف أزيد هذا إيضاحا – بمشيئة الله تعالى – في مكان آخر .

ومشروع قانون الامارات في الفقرة الثالثة من المادة (٣٧) نص على أن الزواج غير النافذ هو الذي ينعقد موقوفا على إجازة من له الحق في الإجازة . ونصت المادة (٢٣) على الآتي :

(أ) زواج الفضولي متى وقع صحيحا يتوقف على إجازة صاحب الشأن .

(ب) وإذا جاوز الوكيل في الزواج حدود وكالته كان فضوليا .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد تحدث عن أهلية الزواج والولاية فيه في المواد ٧ ، ٨ ، ١٣ ، ١٤ .

رابعاً : شروط اللزوم [1]

عقد الزواج : هو عقد لازم في الأصل ، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينفرد بفسخه ، ومعنى فسخه نقض العقد من أصله ، والطلاق في الحقيقة ليس نقصا للعقد من أصله ، بل هو إنهاء لأحكامه ، وهو من الحقوق التي يملكها الزوج – كما سيأتي بمشيئة الله تعالى – بمقتضى العقد لا باعتبار أن ذلك فسخ ونقض للعقد .

وشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها دوام آثار العقد الشرعية وبقاؤه دون إعتراض لأحد ، إذا فشرط اللزوم عند فقده ، يعطي حق الفسخ لمن له الخيار وهو – شرط اللزوم – في المرتبة الأخيرة لشروط الزواج فيلزم أن يسبقه تحقق شروط الانعقاد ، وكذلك الصحة والنفاذ ، وهذه الشروط هي :

أولاً : أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها أحد الأصول أو الفروع ، فلو زوج المجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة غير الأصل والفرع ، كالخ أو العم لا يكون العقد لازما ، لأن كلا من الأصل والفرع عنده من دواعي الشفقة والحرص على المصلحة ما يجعله يختار الأفضل والأحسن لمن يزوجه من فاقد الأهلية أو ناقصها – وهذا الشرط عند أبي حنيفة ومحمد .

---

(١) البدائع ٣١٥/٢ – ٣٢٢ ، الشرح الصغير ٣٩٩/٢ ومابعدها ، المهذب ٣٩/٢ ، كشاف القناع ٢٧١/٥ القوانين الفقهية ص ١٩٧ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ص ١٤٨ – ١٥١ .

ومعنى أنه يكون غير لازم أن يكون لكل منهم حق الفسخ عند زوال المانع ، أي الافاقة من الجنون أو العته ، والبلوغ بعد الصغر ، حتى ولو كان الزواج بالكفء وبمهر المثل .

ودليل أبي حنيفة ومحمد : ما روي أن قدامة بن مظعون زوّج بنت أخيه عثمان بن مظعون ، من عبدا لله بن عمر – رضي ا لله عنه – فخيرها رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – بعد البلوغ ، فاختارت نفسها ، حتى روي أن ابن عمر قال : إنها انتزعت مني بعد ما ملكتها .

وقال أبو يوسف : ليس هذا بشرط ، ويلزم نكاح غير الأب والجد من الأولياء ، فلا يثبت الخيار للمولى عليه ، لأن هذا النكاح صدر من ولي ، فيلزم ، كما إذا صدر عن الأب والجد ، لأن ولاية التزويج ولاية نظر في حق المولى عليه ، وقد اجتهد الولي في تحقيق المصلحة ، ونظر فيما هو الأولى والأصلح .

وإذا زوج الحاكم فاقد الأهلية أو ناقصها ، فلا خيار للمولى عليه عند أبي حنيفة خلافا لمحمد . لأن ولاية الحاكم أعم من ولاية الأخ والعم ، لأنه يملك التصرف في النفس والمال ، فكانت ولايته تشبه ولاية الأب والجد ، ومعروف أن ولايتهما ملزمة ، فكذلك تلزم ولاية الحاكم [1] .

ثانياً : ألا تزوج المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء ، فإن هي فعلت ذلك كان للأولياء حق طلب الفسخ ، ولا يلزم العقد في حقهم ولهم حق رفع الأمر الى القاضي لفسخه ، ولا يعتبر هذا الفسخ طلاقا بل هو رفع للعقد من أساسه ، فاذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد الفسخ شيء من

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٨٧/٧ ، ٨٨ .

الآثار ، فلا يجب فيه مهر ، ولا يثبت به ميراث اذا مات أحد الزوجين .

أما قبل القضاء بفسخه فإنه تترتب عليه جميع الآثار ، لأنه عقد صحيح نافذ ، فإن كان قد حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر المسمى ، ويثبت به حق التوارث ، ووجبت على المرأة العدة بعد الفرقة ويثبت نسب الولد من الرجل .

ويجب أن يلاحظ أن ثبوت حق الأولياء في الاعتراض على تزوج المرأة بغير كفء محله إذا لم يسكتوا حتى تلد أو يظهر عليها الحمل ، فإن سكتوا عن رفع الأمر الى القاضي حتى ظهر عليها الحمل ، أو تمت الولادة بالفعل ، حينئذ لم يكن لهم حق الاعتراض محافظة على الولد .

والظاهر في هذا أن الحكم بعدم لزوم العقد عند عدم الكفاءة إنما يكون إذا كان لها أحد من الأولياء العصبة ، فإذا لم يكن لها أحد منهم وقع عقدها من أول الأمر لازما . وهذا كله مذهب الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رواية أخرى غير مشهورة عنه : وهي أنه إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لم يقع العقد صحيحا من أول الأمر ، حتى أنها لو كانت مطلقة ثلاثا ثم تزوجت بزوج آخر غير كفء ودخل بها لم تحل بذلك للزوج الأول . قال بعض الفقهاء : وهذا الرأي هو المختار للفتوى .

والدليل على أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة أنه – صلى الله عليه وسلم – (أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه . فنكحها بأمره) [1] . وروت عائشة – رضي الله عنها – (أن أبا حذيفة بن عقبة بن ربيعة تبنى سالما . وأنكحه

---

(١) متفق عليه

ابنة أخيه الوليد بن عقبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار) [1] . وهذان الحديثان يدلان على أن الرواية الأولى لأبي حنيفة ومن معه من أن الكفاءة شرط لزوم ، وليس شرط صحة ؛ وهو الذي يجب أن يعول عليه رغم ما رواه بعض الفقهاء في الرواية الأخرى .

ونصت المادة - ٢٩ - من مشروع قانون الإمارات على هذا المعنى إذ تقول : | يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد فقط ، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة | . ونصت على هذا المعنى المادة - ٢٠ - في فقرتيها أ ، ب من مشروع قانون دول مجلس التعاون .

ثالثاً : ألا يقل المهر عن مهر المثل إذا زوجت العاقلة البالغة نفسها من غير اشراك وليها في أمرها ، فلو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل ، فللولي حق طلب الفسخ ، ويغتفر في ذلك النقصان القليل ، فإن تزوجت بمهر وكان هذا المهر ينقص نقصانا فاحشا عن مهر المثل لم يلزم هذا العقد الأولياء ، فلهم حق الاعتراض ورفع الأمر إلى القاضي حتى يكمل لها مهر المثل أو يفسخ العقد بالقضاء ، ويكون ذلك رفعاً للعقد من أساسه ، وهذا عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد : ليس هذا بشرط ، ويلزم النكاح بدونه . ونصت المادة (٣٤) من مشروع قانون الإمارات على هذا المعنى فجاء بها | ليس للولي طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل | .

رابعاً : ألا يكون للزوج عيب مستحكم لا تعيش معه إلا بضرر ، فإن من حق الزوجة هنا أن تطلب التفريق من القاضي ويفرق بينهما إن ثبت هذا العيب . مثل أن يكون الزوج عنينا أو مجبوبا .

---

(١) رواه البخاري وأبو داود والنسائي .

خامساً: ألا يكون العقد قد لحقه تغريرفي بيان الكفاءة ، مثل أن يخـبر الـزوج عن نسب وتبين أنه دون ذلك ، فللزوجة طلـب الفسـخ ، لأن رضاهـا حينئـذ لم يكـن على أساس صحيح .

وخالف زفر في هذا فقال : ليس لها طلب الفسخ كما أنه ليس له حق الفسخ إذا ادعت نسبا غير نسبها ، والفرق جلي وواضح وهو أنه يملك التخلص بالطلاق وهي لا تملك ذلك . وأن الرجل لا يعير بزواج مـن دونـه وهـي تعـير بـزواج ممـن دونهـا ، وتفتخر بزواج من هو أعلى منها .

و نصت على هذا المادة (٣٢) من مشروع قانون الإمارات ، وهـــــي : | إذا ادعى الرجل الكفاءة ، أو اصطنع ما يوهم بها ، أو اشترطت الكفاءة في العقد ثـم ظهـر بعد ذلك أنه غير كفء ، كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ | .

هذه هي شروط اللزوم التي يترتب على وجودها لزوم العقد ودوامه ، ويـترتب على فقدانها أو واحد منها جواز فسخه وقطعه ، وبهذه الشروط أكون قد انتهيـت مـن الحديث عن الشروط الشرعية بأنواعها الأربعة : شـروط الإنعقـاد ، وشـروط الصحـة ، وشروط النفاذ ، وشروط اللزوم ، وأي عقد توافرت له هـذه الشـروط يصبح عقـداً لازمـاً وتاماً ، سواء أكان الزوجان صغيرين أو كبيرين ، وسواء أثبت في وثيقة رسمية أو كـان ذلك عقداً شفوياً فقط .

الشروط القانونية :-

بعد أن انتهيت من الحديث عن الشروط الفقهية بأنواعها الأربعة – كما وضح سابقا – كان من إتمام الفائدة أن أقف أمام ما أشترطه المشرع الوضعي ، وهي شروط لا يترتب عليها أي أثر شرعي ، ولكن يترتب على فقدانها أثر قانوني فقط .

وهي شرطان :

١- سن الزوجة يجب ألا يقل عن ست عشرة سنة هلالية ، والزوج يجب ألا يقل سنه عن ثماني عشرة سنة هلالية وقت العقد . وهذا الشرط نصت عليه المادة – ٢٠ – من مشروع قانون الإمارات ونصها [لايجوز توثيق عقد الزواج إذا لم يكن الزوج قد أتم ثماني عشرة سنة والزوجة ست عشرة سنة وقت العقد ، ما لم تأذن المحكمة بتوثيقه قبل تمام هذه السن إذا رأت مبرراً لذلك] .

٢- أن يقوم الموظف المختص بتسجيل هذا العقد في وثيقة رسمية خصصت لهذا ويجب على الموظف المختص عدم تحرير هذا العقد إذا كان سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من السن المحددة ، كذلك لايتم التصادق على زواج سابق إلا إذا كان وقت التصادق قد بلغا السن القانونية .

وقد أشارت إلى هذا المعنى الفقرة -٢- من المادة – ٢٠ – من مشروع قانون الإمارات ونصها : [وكل زواج يعقد بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة يعاقب كل من عاقده وموثقه وممثلي الزوجين وشهوده بغرامة لاتقل عن ألف درهم ، ولاتجاوز خمسة آلاف درهم ، ما لم ينص على عقوبة أشد في قانون آخر] .

وقد نصت المادة – ٦ – من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على الآتي :

أ - يوثق الزواج بحجة رسمية .

ب - يجوز اعتباراً لواقع معين ، إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق .

وواضح أن مشروع دول مجلس التعاون لم يتعرض إلا لتسجيل الزواج في وثيقة رسمية . وهذا بخلاف ماتحدث عنه مشروع الإمارات كما سبق .

وقد نصت المادة - ٢١ - من مشروع الإمارات على الآتي :

١- [لايجوز بغير إذن المحكمة عقد زواج من جاوز الستين إذا كان فرق السن بين طرفيه يتجاوز نصف عمر الأكبر منهما ، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا إذا كان فيه مصلحة استثنائية ظاهرة .

٢- وكل زواج يعقد على خلاف ذلك يطبق فيه حكم الفقرة ٢ من المادة السابقة ، كما يعاقب الزوجان بذات العقوبة] .

المبحث الخامس
" أقسام عقد الزواج "
" وحكم كل قسم "

يقصد بالحكم هنا ، الآثار المترتبة على الزواج شرعا ، كحل الدخول بالزوجة ، ووجوب المهر ، وإثبات النسب ، وثبوت حق التوارث وغير ذلك من آثار عقد الزواج ، وبناء عليه فينقسم الزواج بناءً على ما تقدم سابقا من شرائطه المختلفة الى ما يأتي :

١- الزواج الصحيح .

٢- الزواج الباطل .

٣- الزواج الفاسد .

٤- الزواج الموقوف .

١ - الزواج الصحيح :

الزواج الصحيح النافذ : هو الذي استوفى أركانه ، وشروط انعقاده ، وشروط صحته ، وشروط نفاذه التي سبق توضيحها .

وحكمه : تترتب عليه آثاره الشرعية سواء أكان لازما أم غير لازم . فعدم اللزوم لا ينافي ترتب الآثار ، بل كل ما يفيده جواز الفسخ ممن له حق الفسخ . وعقد الزواج الصحيح النافذ يوجب على الزوج لزوجته :

(أ) المهر ، وهو المسمى إن كان قد سمي تسمية صحيحة ، وإما مهر المثل إن لم يسم تسمية صحيحة . ويتأكد هذا بالدخول ، أو بالخلوة الصحيحة ، أو بموت

أحد الزوجين قبل الدخول ، وسوف يأتي بيان ذلك – بمشيئة الله تعالى – تفصيلا في أحكام المهر .

(ب) النفقة بجميع أنواعها ، من طعام ، ومسكن ، وكسوة ، ما لم تخرج الزوجة عن طاعته بغير حق شرعي .

(ج) العدل بينها وبين غيرها من الزوجات ، إذا كان متزوجا من أكثر من واحدة .

(د) عدم إيذائها بالفعل ، أو بالقول ، أو بظلمها في المعاشرة الزوجية .

ويوجب على الزوجة لزوجها :

(أ) الطاعة .

(ب) القرار في البيت الذي يجهز لها حسب الشرع ، بشرط أن يوفيها معجل صداقها ، وأن تكون أمينة على نفسها وماله .

(ج) ثبوت نسب ولده منها بالشروط المعلومة في أحكام ثبوت النسب . لقوله – صلى الله عليه وسلم – (الولد للفراش وللعاهر الحجر) [١] .

(د) ولاية تأديبها بالمعروف في الشريعة الاسلامية ، حتى تستقيم الحياة الزوجية لقوله سبحانه **﴿ واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾** [٢] .

---

(١) نيل الأوطار ٦/٢٧٩ .

(٢) النساء / ٣٤ .

ويوجب على كل من الزوجين للآخر :

(أ) حل استمتاع كل من الزوجين للآخر ، على الوجه المشروع ، ما لم يمنع من الاستمتاع مانع كحيض أو نفاس أو مرض لقوله سبحانه : **﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم ا لله ، إن ا لله يحب التوابين ويحب المتطهرين ﴾** (١) .

(ب) حسن المعاشرة بينهما .

(ج) حرمة المصاهرة ، فتحرم الزوجة على أصول الزوج وفروعه ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وكذلك يحرم على الزوج اصول زوجته بمجرد العقد ، أما فروع زوجته فلا تحرم عليه إلا بالدخول بالزوجة لقوله سبحانه :**﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتاً وساء سبيلا ﴾** (٢) ، وقوله سبحانه **﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾** (٣) .

(د) التوارث ، فإذا مات أحدهما بعد العقد ورثه الآخر ، ما لم يمنع مانع شرعي كاختلاف الدين مثلا لقوله سبحانه **﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ﴾** (٤) ، ولقوله سبحانه **﴿ ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾** (٥) .

---

(١) البقرة / ٢٢٢ .
(٢) النساء / ٢٢ .
(٣) النساء / ٢٣
(٤،٥) النساء / ١٢ .

٢- الزواج الباطل :

الزواج الباطل هو : الذي حصل خلل في ركن من أركانه ، أو في شرط من شروط انعقاده ، وذلك مثل الزواج بالمحارم كالأم والأخت والعمة ، أو يكون العاقد صبياً غير مميز أو مجنونا . وكذلك العقد على إمرأة متزوجة ، أو على إمرأة مسلمة والزوج غير مسلم ، أو يكون هناك مخالفة للايجاب مع القبول كأن يقول الولي : زوجتك فاطمه ، فيقول الآخر : قبلت زواج زينب .

حكمه : فالعقد في كل هذه الصور السابقة يكون عقدا باطلاً ، ولا يترتب عليه أثر ما قبل الدخول ، بل يعتبر وجوده كعدمه ، وإذا تم الدخول وجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال ، فإن لم يفعلا وجب على كل من يعلم بأمرهما أن يرفع الأمر الى القاضي ، ليفرق بينهما ، دفعا للمعصية ، وإزالة للمنكر ، ولا يقام عليهما الحد لوجود الشبهة عند أبي حنيفة ، وإذا لم يجب الحد بهذا الدخول وجب مهر المثل [1] بالغاً ما بلغ .

وقال الأئمة الثلاثة : وأبو يوسف ومحمد - صاحبا أبي حنيفة - إنه لا يجب المهر بالدخول في الزواج ولا يثبت بهذا الدخول ، نسب ، ولا توارث ، ولا نفقة ولا عدة على المرأة بعد التفريق ، لأن وجوب العدة إنما هو لحفظ الأنساب كيلا لا تختلط الأنساب .

والحنفية : يرتبون حرمة المصاهرة على هذا الدخول - العقد الباطل - لأن هذه الحرمة تثبت عندهم بالزنا ، فمن باب أولى أنها تثبت بالعقد الباطل .

أما الشافعية : فهم لا يرتبون حرمة المصاهرة على الزنا ، وكذلك لا يرتبونها

---

(١) لأن الوطء في دار الإسلام لايخلو عن مهر أو حد

على العقد الباطل .

والمادة (٣٩) من مشروع قانون الامارات قد نصت على هـذا النـوع مـن الـزواج بالآتي :

| الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج أصلا ، وإذا أعقبه دخول مع علم الطرفين بالحرمة وسببها كان في حكم الزنا المحض ، ولا يعتبر الجهـل عـذرا إذا كانت دعوى الجهل لا تقبل من أمثال مدعيه) .

وأما المادة (٤٠) منه فقد أوضحت متى يكون الـزواج بـاطلا ؟ في الفقـرة الأولى والثانية ، وجاء في نهاية الفقرة الثانية :

| فلا يثبت بذلك العقد نسب ولا حرمـة ولا مصـاهرة ، ولا تجـب عـــدة ولا مهر ، ولا غير ذلك من أحكام الزواج | .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد نـص في المـادة – ٤١ – علـى الآتي | الزواج صحيح . أو غير صحيح . وغير الصحيح يشمل الفاسد والباطل | . ثـم بـين في المـواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ الـزواج الصحيـح . والـزواج الفاسـد . والـــزواج الباطل وأثر كل نوع .

٣- الزواج الفاسد [١] :

الزواج الفاسد : هو الذي فقد شرطا من شـروط الصحـة بعـد اسـتيفائه شـروط الانعقاد ، وذلك مثل أن يتم العقـد بـدون شـهود ، أو تكـون المـرأة محرمـة علـى مـن تزوجها بشرط عدم علم الزوجين وقت العقد أنها محرمة .

(١) البدائع ٢/٣٣٥ ، القوانين الفقهية ٢٠٤ - ٢١١ ، بداية المجتهد ٢/٣١ ، ٤٩ ، ٥٧ ، ٥٩ ، الشرح الكبير ٢/٢٣٦ ، ٢٤١ .

حكمه : أنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الباطل قبل الدخول الحقيقي ، حيث لا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، ويجب عليها الافتراق ، فإن لم يفترقا من تلقاء نفسيهما فرق بينهما دفعا للمعصية ، ويجوز لكل شخص أن يرفع أمرهما الى القاضي ، لأنه من باب إزالة المنكر ويسمى هذا في الفقه الإسلامي (بالحسبة) بمعنى أن الانسان يحتسب فيه الأجر والثواب عند ا لله سبحانه .

وهذا العقد – الفاسد – والباطل كذلك – لا يحل للرجل أن يستمتع بالمرأة ، ولا طاعة له عليها ، ولا نفقة ولا مهر لها عليه ، ولا توارث بينهما ، وجملة فهذا العقد – العقد الفاسد – لا يترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية التي تترتب على العقد الصحيح ، وكذلك الباطل من باب أولى . ولكن إذا تم الدخول فما هو الأثر ؟

هناك أمران :

أولهما : أن بهذا الدخول يرتكب معصية ، ويجب التفريق – كما سبق – بينهما ولا تترتب عليه إقامة الحد لوجود الشبهة ، والرسول – صلى ا لله عليه وسلم – يقول : (إدرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم....) [1] ، وإن كان الحد يسقط فإن على القاضي أن يعذر بما يراه زاجرا لهما ولإمثالهما حتى لا يتفشى هذا الأمر بين الناس ، ومعلوم أن هذا التعزير يكون من باب أولى إذا سقط الحد في الزواج الباطل كما سبق .

---

(١) مشكاة المصابيح ٢/٢٩٢ .

ثانيهما : فإن الدخول بالعقد الفاسد يترتب عليه الآتي :

١- وجوب المهر ، وهو إما أن يكون مهر المثل إذا لم يكن هناك مهر مسمى ، وإذا سمي مهرا وجب عليه الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، لأن الدخول الحقيقي بالمرأة لا يخلو – كما اتضح سابقا – من حد أو مهر ، وإذا سقط الحد لشبهة العقد وجب المهر .

٢- ثبوت نسب الأولاد الذين يأتون عن طريق هذا الدخول ، إحياءً للأولاد ، وحفظا عليهم من الضياع .

٣- وجوب العدة على المرأة المدخول بها ، إبتداء من وقت المتاركة ، إذا إفترقا من تلقاء نفسيهما ، ومن وقت تفريق القاضي إذا فرق القاضي بينهما ، صيانة للأنساب .

٤- حرمة المصاهرة ، فيحرم على الرجل جميع اصول المرأة وفروعها ، ويحرم على المرأة جميع أصول الرجل وفروعه .

ونصت على هذه الأحكام الأربعة التي ترتبت على الدخول بالزوجة بعد العقد عليها عقدا فاسدا المادة (٤١) من مشروع قانون الإمارات في الفقرة الأولى ، وقد نصت الفقرة الثانية على الآتي : [وإذا لم يحصل دخول حقيقي لا يترتب عليه شيء من الآثار] .

٤- الزواج الموقوف :

هو الذي فقد شرطا من شروط النفاذ ، بعد استيفائه الأركان وشروط الإنعقاد . وشروط الصحة . كأن يباشر هذا العقد معتوه ، أو صبي مميز ، أو يتولى عقد الزواج ولي أبعد مع وجود ولي أقرب بدون إذنه .

فهذه العقود موقوفة على إجازة من له حق الإجازة . فإذا أجازها نفذت . وإذا لم يجزها ، وحصل دخول بالفعل ترتب على هذا الدخول - رغم تحريمه - جميع الآثار التي تترتب على الدخول في الزواج الفاسد ، والتي سبق ذكرها . أما بعد أن يجيزه يكون العقد صحيحا ، نافذا ، وبعد أن يرده يصير باطلا .

والمادة (٣٨) من مشروع قانون الإمارات نصت على حكم الزواج الصحيح النافذ وغير النافذ وجاء في نهايتها : [وإذا وقع الدخول فيه قبل الإجازة أخذ حكم الزواج الفاسد بعد الدخول إذا لم يجز ، ويعتبر زواجا نافذا من وقت العقد إذا أجيز] .

المبحث السادس
المحرمات من النساء

تمهيـــد :

سبق أن أشرت إلى أنه من شروط إنعقاد الـزواج ألا تكـون المـرأة محرمـة علـى الرجل تحريما مؤبدا ، وأنه مـن شـروط صحتـه ألا تكـون المـرأة محرمـة علـى الرجـل تحريما ثبت بدليل ظني أو تحريما فيه خلاف بين الفقهاء .

فبالعقد على النوع الأول – المحرم تحريما مؤبـدا – كـالأم والأخـت ، يبطـل العقد – كما سبق – ويصـير وجـوده كعدمـه ، وبـالعقد علـى النـوع الثـاني – المحـرم تحريما مؤقتا – يكون العقد فاسدا لا يترتب عليه بالنظر لذاته شيء من الآثار . ولكـن إذا حصل دخول ترتب عليه بعض الآثار وهي – كما سبق – وجـوب العـدة ، وثبـوت النسب ، ووجوب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وحرمة المصاهرة .

والآن سوف أتكلم – بمشيئة الله تعالى – على النسـاء المحرمـات وأصنـافهن سواء أكان تحريمهن من النوع الأول – القطعي – أم كان من النوع الثاني – الظـني – فأقول : المحرمات من النساء قسمان : قسم يحرم التزوج به حرمة مؤبـدة لا تـزول في حالة من الأحوال ، وذلك لأن سبب التحريم فيه ثابت ولازم ، وقسم يحرم التزوج بـه حرمة مؤقتة تبقى ما دام سببها قائما ، فإذا زال انتهت الحرمة .

المحرمات على سبيل التأبيد [1]

وهي أنواع ثلاثة :

النوع الأول : المحرمات بسبب النسب ، والمراد به هنا القرابة القريبة ، ويعبر عنها بذي الرحم المحرم .

النوع الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة ، وهي التي تترتب على علاقة الزوجية وما يلحق بها .

النوع الثالث :المحرمات بسبب الرضاع .

النوع الأول : المحرمات بسبب القرابة ، وهي أربع شعب :

١- فروع الرجل من النساء ، وإن نزلن ، فتحرم عليه بنته ، وبنت بنته ، وبنت إبنه ، وهكذا كل فرع يكون جزءا منه ، أو جزءا مما يتصل به ، لقوله سبحانه : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ..** ﴾ [2] . وكلمة البنات تشمل البنات من الصلب وبنات الأولاد وإن نزلن وهذا أمر وارد في اللغة العربية .

٢- أصول الرجل من النساء وإن علون فتحرم عليه أمه وجداته من جهة أبيه ، أو من جهة أمه لقوله سبحانه : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم ..** ﴾ . والأم في اللغة : تشمل الأم والجدة .

---

(١) فتح القدير ٣٥٧/٢ - ٣٩٠ ، تبيين الحقائق ١٠١/٢ - ١٠٥ ، بداية المجتهد ٣١/٢ ، ٣٤ ، ٣٩ ، ٤٩ ، ٥٧ - ٥٩ ، القوانين الفقهية ص ٢٠٤ - ٢١٠ ، مغني المحتاج ١٧٤/٣ - ١٩٠ ، المغني ٥٤٣/٦ ، ٥٦٧ - ٦٠٥ .

(٢) النساء / ٢٣ .

٣- فروع أبويه أو أحدهما : وهن أخواته مطلقا شقيقات أو غير شقيقات وبنات أخوته وأخواته ، كذلك وبنات أولاد الإخوة والأخوات ، وهكذا مهما نزلن . لقوله سبحانه : ﴿ **وأخواتكم ..** ﴾ وقوله أيضا ﴿ **وبنات الأخ وبنات الأخت ..** ﴾ . فهذا النص الكريم يدل على تحريم الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت والباقي يلحق بهن .

٤- فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة . وهن العمات والخالات لا غير ، سواء كن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه ، فالعمات والخالات حرام عليه ، مهما تكن درجة الجد والجدة . ولكن بنات الأعمام والأخوال والخالات والعمات حلال مهما بعد الجد أو الجدة . إذ المحرم من فروع الأجداد والجدات من ينفصل عن الأصل بدرجة واحدة لقوله سبحانه : ﴿ **وعماتكم وخالاتكم ..** ﴾ . فهذا يدل على تحريم العمات والخالات . أما الطبقة الثانية أو الغير مباشرة من هذه الفروع فلا تحرم - كما سبق - لدخولهن في مضمون قوله تعالي : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم ..** ﴾ ولقوله سبحانه ﴿ **يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن ، وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك ، وبنات عمك ، وبنات عماتك ، وبنات خالك ، وبنات خالاتك اللآتي هاجرن معك** ﴾ [١] . وحين يخاطب الله سبحانه وتعالى نبيه - صلى الله عليه وسلم - فهو خطاب لأمته ما لم يكن هناك دليل على الخصوصية . ولا دليل هنا

هذه هي الشُعب الأربعة التي تحرم بسبب النسب . وقد سبق أن العقد على

---

(١) الأحزاب : ٥٠ .

واحدة من هذه الأصناف يكون عقدا على من حرمت على الشخص حرمة مؤبدة فيكون العقد باطلاً .

حكمة تحريم الزواج بهؤلاء :

أراد الإسلام إقامة نظام الأسرة على أساس من الود والحب الخالص الذي لا يكون من أجل مصلحة ما ، فبالتحريم تنقطع الأطماع ، ويكون الإجتماع والإختلاط البرىء .

ولا شك أن الزواج بإحدى هؤلاء يؤدي في كثير من الأحيان الى قطع الرحم بسبب ما يحدث عادة بين الزوجين من نزاع وتخاصم ، ومن المعلوم أن قطع الرحم حرام ، والذي يؤدي الى الحرام حرام ، كما قال الكاساني [١] .

ثم إنه من المعلوم أن الزواج من هذا النوع من القريبات يؤدي الى ضعف النسل وكذلك المرض ، بعكس الزواج بالأباعد ، حيث يأتي بنسل قوي ، كما ثبت ذلك طبيا . وقد جاء في الأثر ""إغتربوا لا تَضْووا"" ، بمعنى تزوجوا البعيدة حتى لا يأتي النسل ضاويا ، أي هزيلا ضعيفا . ثم إن الفطرة التي فطر ا الله الناس عليها تدعو الى هذا التحريم ، لأن هذا ليس مقصورا على الإنسان بل هو موجود بين بعض الحيوانات .

وأخيرا لو كان الزواج مباحا من هؤلاء المحرمات لكان واجبا على الرجل ألا يلتقي بواحدة منهن ، وواضح ما سوف يترتب على هذا من آثار سيئة ، [وقد نصت على هذا التحريم بسبب القرابة المادة (١٠) من مشروع قانون الإمارات ، والمادة – ٢٤ – من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون .

---

(١) البدائع ٢/٢٥٧ .

النوع الثاني : المحرمات بسبب المصاهرة ، وهي أربع شعب :

١- **زوجة الأصل** : وهو الأب وإن علا ، سواء كان هذا الأصل من قبل الأب أو من قبل الأم ، وسواء دخل الأصل بالمرأة أو لم يدخل بها . فإذا تزوج الأب أو الجد إمرأة ثم طلقها أو مات عنها فلا يحل لأحد من أبنائه وأبناء أبنائه أن يتزوج بها . لقوله سبحانه : ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ..** ﴾ (١) . والآية الكريمة توضح أنه كان في الجاهلية من يتزوج بزوجات الآباء فنهاهم الله عن ذلك وعفا عما قد حصل قبل نزولها .

٢- **زوجة الفرع** : وهو الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا ، فإنها حرام على الأب والجد وإن علا متى كانت البنوة صلبية وليست بطريق التبني . فزوجة المتبني إذا فارقها أو مات عنها لا تحرم على من تبناه ، فإن الإسلام قد هدم قاعدة التبني التي كانت في الجاهلية وكل ما يترتب عليه من أحكام .

والدليل على حرمة زوجة الفرع قوله سبحانه : ﴿ **وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ...** ﴾ بعد قوله سبحانه : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم ....** ﴾ وهذا واضح الدلالة على تحريم حليلة الابن على آبائه ، والمراد بالحليلة الزوجة . أما اشتراط البنوة الصلبية فهذا دليله قوله سبحانه ﴿ **فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا وكان أمر الله مفعولا** ﴾ (٢) .

---

(١) النساء / ٢٢ .

(٢) الأحزاب / ٣٧ .

فهذه الآية الكريمة توضح أنه – صلى الله عليه وسلم – قد تزوج بأمر الله تعالى بزوجة ابنه من التبني وهو زيد بن حارثة . ليبين للناس أنه لا حرج عليهم في الزواج بزوجات أولادهم من التبني بعد انتهاء الزوجية . لأنهم ليسوا أولادا لهم في الحقيقة والواقع . فلا يأخذون حكم أولادهم من الصلب .

٣– **أصل الزوجة** : وهي أمها وأم أمها وأم أبيها . وإن علت . سواء أدخل بزوجته أم لم يدخل لقوله سبحانه : ﴿ **وأمهات نسائكم ..** ﴾ بعد قوله سبحانه : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم ...**﴾ فهذا نص على تحريم أصل الزوجة .

وواضح هنا من الآية الكريمة أن التحريم لم يقيد بالدخول فيبقى الأمر على إطلاقه . بمعنى أن أصل الزوجة محرم بمجرد العقد عليها ولو لم يدخل بها . ولهذا قال الفقهاء : (العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات) .

٤– **فروع الزوجة** : وهن بناتها ، وبنات بناتها . وبنات أبنائها وإن نزلن . لأنهن من بناتها بشرط الدخول بالزوجة لقوله سبحانه : ﴿ **وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللآتي دخلتم بهن ..** ﴾ [(١)] . والمراد بالربيبة ، بنت الزوجة من غيره ، وهي محرمة على من دخل بأمها ، فإذا لم يدخل بها – بأمها – فلا تحرم عليه بنص الآية الكريمة : ﴿ **فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** ﴾ .

وجمهور الفقهاء : يعتبرون هذا الحكم في الربيبة مطلقاً ، بمعنى أنها تحرم سواء كانت تربى في بيت زوج الأم وكانت في حجره أو لم تكن كذلك ، لأن الوصف في الآية الكريمة خرج مخرج الغالب ، فإن عادة الناس أن بنت المرأة التي تتزوج من

---

(١) النساء / ٢٣ .

رجل آخر لوفاة زوجها الأول أو طلاقها تكون مع أمها في بيت الزوج الجديد .

وذكر الحجر هنا في الآية الكريمة مثل قوله سبحانه : ﴿ **وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ...** ﴾ (١) .

فقد وضحت الآية حكم الرهن في السفر وهو الجواز ، فهل معنى ذلك أن الرهن لا يجوز في الحضر ، مع أنه قد وقع الرهن من النبي – صلى ا الله عليه وسلم – في الحضر ، ورهن درعه عند اليهودي – أمر مشهود – من أجل طعام أهل بيته . لهذا كان الحديث عن الرهن في السفر من أجل أن المسافر غالبا ما يحتاج إليه لأسباب منها : عدم وجود الكاتب غالبا في مثل ظروف السفر . وكذلك حاجة المسافرين الى المعاملات السريعة التي لا تتحمل الانتظار والرهن هو الذي يعالج مثل هذه الأمور وغيرها بالنسبة للمسافر .

وإن كان البعض وهم الظاهرية لا يجيزون الرهن في الحضر إلا بشروط وفي أضيق الحدود ، وهذا ولا شك رأي لا يعول عليه . كما أن رأيهم هنا في الربيبة أنها لا تحرم إلا إذا كانت في حجر الزوج ، فإن لم تكن معه – في حجره – فلا تحرم . وهذا – أيضا – رأي ضعيف لا يعول عليه ، ولا يصح العمل به . لأن فيه مخالفة للآية الكريمة ﴿ **فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** ﴾ اشترطت الآية الدخول – بأمها – فقط ، ولو كان الحجر شرطا لذكرته الآية كذلك وكانت : فإن لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فلا جناح عليكم .

وقد نصت المادة – ١١ – من مشروع الإمارات على هذا النوع من التحريم . وكذلك المادة ٢٥ من مشروع دول مجلس التعاون .

---

(١) البقرة / ٢٨٣ .

وحكمة التحريم بالمصاهرة : كما أوضح هذا الدهلوي [1] : أنه مانع للتنازع والتصارع الذي قد يحدث بين الأقارب من هذا النوع إما يفك ارتباط زوجة بزوجها أو بالتنازع على زوج . كما أن الحكمة في تحريم البعض بمجرد العقد ، إلا البنت التي لا تحرم إلا بالدخول – كما سبق – فإن الإنسان يحب ابنه أو بنته كنفسه بعكس حب الأصل ، فإن الفرع لا يصل الى هذه المرتبة من الحب ، لذا لا تتألم الأم لو عقد على بنتها بعد العقد عليها ، وهذه حكمة في صالح رأي الجمهور – السابق – .

ما يلحق بحرمة المصاهرة [2] :

ألحق الحنفية بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا في الحكم بحرمة المصاهرة على الوجه – الذي سبق – ثلاث طوائف أخرى من النساء :

الأولى : المعقود عليها عقدا فاسدا إذا حصل فيه دخول ، فإن الدخول في العقد الفاسد – كما سبق – يترتب عليه بعض أحكام الزواج الصحيح ، ومنها حرمة المصاهرة ، فتحرم المرأة على أصول الرجل وفروعه كما يحرم عليه أصولها وفروعها .

الثانية : الدخول بها في شبهة ، كامرأة زفت إلى زوج ولم تكن هي المعقود عليها ، فإنه بهذا الدخول تثبت حرمة المصاهرة التي وضحت سابقا .

الثالثة : الزنا – ومعهم الحنابلة – ومثل الزنا عند الأحناف مقدماته من تقبيل ومس بشهوة ، فقالوا : بثبوت حرمة المصاهرة في كل ذلك ، أي بالزنا والمس والنظر ، فإذا مس الزوج يد أمها بشهوة ، وكذلك إذا مس يد ابنتها بشوة حرمت عليه زوجته حرمة مؤبدة ولو كان ذلك بطريق الخطأ ، وكذلك النظر ، وقالوا : في

---

(١) حجة الله البالغة ٢/٩٧ .

(٣) البدائع ٢/٢٦٠ ، فتح القدير ٢/٣٦٥ ومابعدها ، المغني ٦/٥٧٧ ومابعدها .

ذلك بأن المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه احتياطا .

وألحق الحنابلة اللواط بالزنا ، فقالوا : الحرام المحض وهو الزنا يثبت به التحريم ، ولا فرق بين الزنا في القبل والدبر ، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة ، وإن تلوط بغلام يتعلق به التحريم أيضا ، فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته ، وعلى الغلام أم اللائط وابنته ، ويترتب على هذا : أنه يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته ، وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا ، وتحرم أمها وجدتها ، فمن زنى بامرأة حرمت عليه بنتها وأمها ، ولو زنى الزوج بأم زوجته أو ببنتها ، حرمت عليه زوجته على التأبيد .

دليلهم : استدلوا على ذلك بالآتي :

١- ما روي أن رجلا قال : يا رسول الله ، إني قد زنيت بامرأة في الجاهلية ، أفأنكح ابنتها ؟ قال: (لأرى ذلك ...) ولكن هذا مرسل منقطع ، كما قال ابن الهمام في فتح القدير .

٢- قالوا بأن الزنا سبب للولد ، فيثبت به التحريم قياسا على غير الزنا ، وكون الزنا حراما لا يؤثر ، بدليل أن الدخول بالمرأة بناء على عقد فاسد تثبت به حرمة المصاهرة بالاتفاق ، وإن كان الدخول حراما .

ورد على ذلك : بأنه قياس مع الفارق ، لأن الزنا يجب به الحد ولا يثبت به النسب ، بخلاف الوطء في الزواج ، لذا قال الإمام الشافعي لمحمد بن الحسن : (إن الزواج أمر حمدت عليه : والزنا فعل رجمت عليه فكيف يشتبهان ؟) .

وذهب المالكية والشافعية [1] إلى القول : بأن الزنا والنظر والمس لا يثبت به حرمة المصاهرة ، فمن زنى بامرأة لم يحرم عليه نكاحها ، ولا الزواج بأمها أو بنتها ، ولا تحرم المزني بها على أصول الزاني وفروعه ، ولو زنى الرجل بأم زوجته أو ببنتها لا تحرم عليه زوجته ، وكذلك من باب أولى النظر واللمس ، وإن لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته ، ولكن يكره ذلك كله .

دليلهم : استدلوا على ذلك بالآتي :

١- قوله - صلى الله عليه وسلم - (لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان بنكاح) [2] . وهذا القول الشريف كان نتيجة لسؤال من أجل رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوجها أو ابنتها . ويؤيد هذا الحديث قوله - صلى الله عليه وسلم - : (الزاني المجلود لا ينكح إلا مثله) [3] .

٢- قوله سبحانه : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذالكم ..** ﴾ ، فهذا يفيد صراحة حل ما عدا المذكورات قبلها ، وليس المزني بها منهن ، فتدخل في عموم الحل .

٣- دليل عقلي : وهو أن المصاهرة نعمة ، لأنها تلحق الأجانب بالأقارب ، وجاء في الحديث (المصاهرة لحمة كلحمة النسب) [4] ، وأما الزنا فمحظور شرعا ، فلا يكون سببا للنعمة ، وبالمقارنة بين أدلة الفريقين ، يتضح ضعف أدلة الرأي الأول ، مع قوة أدلة الرأي الثاني ، ثم إن ما ذهب إليه الرأي الأول فيه تشديد على

(١) الشرح الصغير ٣٤٧/٢ ، مغني المحتاج ١٧٥/٣ ، ٤١٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٣٥/٧ . ١٣٦

(٢) أخرجه البيهقي عن عائشة وضعفه ، وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر .

(٣) رواه أحمد وأبو داود ، وقال في الفتح : رجاله ثقات

(٤) في معناه حديث البخاري (حَرُم من النسب سبع ، ومن الصِّهْر سبع) جامع الأصول ١٤٤/١٢ .

المسلمين وهذا ما يتنافى مع قواعد الشريعة السمحة ، ومبادئهـا الـتي رفعـت الحـرج عن الناس .

ونصت المادة (١٢) من مشروع قانون الامارات على أنه (يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل ولا يثبت تحريم بسبب الزنا سوى ما ذكر) .

وكذلك نصت المادة – ٢٦ – من مشروع القانون الموحد لـدول مجلـس التعـاون على الآتي : [يحرم على الشخص فرعه من الزنـا وإن نـزل وكذلـك أبنتـه المنفيـــة بلعان] .

النوع الثالث : المحرمات بسبب الرضاع وهي ثماني طوائف :

أربع من جهة النسـب ، وأربع من جهة المصاهرة ، لأن ما يحرم بالرضاع هو ما يحرم بسبب النسب والمصاهرة . ولكن قبل الحديث عن هذه الطوائف : كان ولابـد من بيان الرضاع ، ثم الحديث عن هذه الطوائف، وأخيرا الحديث عن شروطه :

أولاً : تعريف الرضاع :

الرضاع لغة : هو اسم لمص اللبن مـن الثـدي مطلقا سـواء في ذلـك الإنسـان والحيوان الصغير والكبير [١] .

وشرعا : هو اسم لحصول لـبن امـرأة ، أو مـا حصـل منـه في معـدة طفـل أو دماغه [٢] ، وقيده بلبن ليخرج ما لو مص من الثـدي دمـا أو قيحـا . كمـا قيـده بلـبن إمرأة ليخرج ثلاثة أمور .

---

(١) مختار الصحاح ٢٦٥/١ ، المصباح المنير ٣١٢/١ .

(٢) مغني المحتاج ٤١٤/٣ ، قليوبي وعميره ٦٢/٤ .

(أ) **الرجل** : إذا حدث وكان لرجل لبن – وإن كان هذا بعيداً – فلا تثبت به حرمة على الصحيح ، لأنه ليس معداً للتغذية فلم يتعلق به التحريم مثل غيره من المائعات (١) .

(ب) **الخنثى المشكل** : والمذهب التوقف حتى البيان ، فإن ظهرت أنوثته حرم وإلا فلا ، أما لو مات قبل البيان لم يثبت التحريم (٢) .

(ج) **البهيمة** : فلو حدث وأن رضع صغيران من شاة أو بقرة لم يثبت بينهما أخوة فتحل مناكحتهما ، لأن الأخوة فرع الأمومة فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع ، ولأنه ليس صالحا لغذاء الولد مثل لبن الآدميات (٣) .

وقد عرفه الأحناف : بأنه مص الرضيع اللبن من ثدي الآدمية في وقت مخصوص . (٤) ومعلوم أن الوقت المخصوص هو زمن الرضاعة وسوف يأتي بيان هذا – بمشيئة الله تعالى – تفصيلا حين الحديث عن الشروط .

ثانياً : الحديث عن هذه الطوائف :

١– أصول الشخص من الرضاع وإن علون : سواء كن من جهة الأب أو جهة الأم . وعلى ذلك يحرم على الشخص أمه رضاعا وجدته مهما علت ، كما تحرم عليه أم أبيه رضاعا وأمها وإن علت . والدليل على ذلك قوله سبحانه : ﴿ **وأمهاتكم اللآتي أرضعنكم** ﴾ (٥) .

---

(١) جاء في روضة الطالبين ٩/٤ (نص البويطي أنه إذا نزل لرجل لبن فأرضعته صبية كره له نكاحها .

(٢) المرجع السابق ٩/٣

(٣) مغني المحتاج ٣/١٤٤ ، وروضة الطالبين ٩/٣ .

(٤) البحر الرائق ٣ / ١٣٨ . (٥) النساء / ٢٣ .

٢- فروع الشخص من الرضاع وإن نزلن : أي البنت من الرضاع وبنتها ، وبنت الابن وبنتها مهما نزلن .

٣- فروع أبويه من الرضاع : وهي الأخوات من الرضاعة وبنات الأخوة والأخوات من الرضاعة مهما نزلن . والدليل على تحريم هذا النوع قوله سبحانه : ﴿ **وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ [1] .

٤- الفروع المباشرة للجد والجدة من الرضاع : وهي العمات والخالات رضاعاً ، والعمة من الرضاعة : هي أخت زوج المرضعة ، والخالة من الرضاعة : هي أخت المرضعة .

ولا تحرم بنات العمات والأعمام وبنات الخالات والأخوال من الرضاعة ، كما لا تحرم من النسب .

٥- أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون ، سواء أكان دخول بالزوجة أم لم يكن .

٦- زوجة الأب والجد من الرضاع ، وإن علا ، سواء دخل الأب والجد بها أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أبيه من النسب .

٧- زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع ، وإن نزلوا سواء دخل الابن ونحوه بالزوجة أم لم يدخل ، كما يحرم عليه زوجة أولاده من النسب .

---

(١) النساء / ٢٣ .

٨- بنت الزوجة من الرضاعة ، وبنات أولادها مهما نزلن ، إذا كانت الزوجة مدخولا بها فإن لم يكن دخول بها ، فلا تحرم فروعها من الرضاع على الزوج ، كما في النسب . هذه الطوائف جميعها محرمة تحريما مؤبدا لا يزول في حال من الأحوال . وقد ثبت تحريمها بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ ، وهذا ما سبق ذكره .

وأما السنة : فقوله - صلى الله عليه وسلم - (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) [(١)] .

وأما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على أن الرضاع محرم في الجملة [(٢)] .

ويستثنى من ذلك صور لا تترتب الحرمة عليها من جهة الرضاع وتترتب عليها من جهة النسب [(٣)] وهي :

١- أم الأخ أو الأخت نسبا يحرم عليه الزواج بها ، لأنها امًا أُمًة ، أو زوجة أبيه وكلاهما محرم بقوله تعالى : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم** ﴾ [(٤)] ، ولقوله تعالى : ﴿ **لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ...** ﴾ [(٥)] . أما في الرضاع فلا تحرم فلو أن إمرأة أجنبية عن الشخص أرضعت أخاه أو أخته ، فإنه في تلك الحالة يجوز

---

(١) رواه الجماعة عن عائشة ، وفي لفظ آخر [من الولادة] وفي آخر [من الرحم] نيل الأوطار ٣١٧/٦ ، جامع الأصول ١٤٦/١٢ .

(٢) المغني ٥٧١/٦ ومابعدها ، بداية المجتهد ٣٥/٢ .

(٣) نظام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد فهمي السرجاني ص ١٠٣ .

(٤) النساء / ٢٣ .

(٥) النساء / ٢٣ .

له التزوج بها لعدم وجود صلة بينهما ، فلو أن حساما رضع من إمرأة أجنبية عنه تدعى عليّه ، وله أخ يدعى هاني ، فإن هاني يصح له أن يتزوج عليّه .

٢- أخت الابن من النسب تحرم على الشخص ، لأنها إمّا أن تكون بنته أو ابنة زوجته المدخول بها ، وكلتاهما لا تحل . أما أخت الابن من الرضاع فيجوز التزوج بها حيث لا توجد علاقة تربطها بالأب .

٣- أم أحفاد الشخص من النسب يحرم عليه التزوج بها ، لأنها إمّا بنته ، أو زوجة ابنه ، أمّا أُم أحفاده من الرضاع فلا تحرم عليه لانعدام الصلة والعلاقة بينهما ، فلو أن امرأة أجنبية أرضعت بنت بنت الشخص أو بنت إبنه ، فيجوز لهذا الشخص التزوج بها .

٤- جدة الابن في النسب حرام ، لأنها إمّا أم أو أم الزوجة ، أما في الرضاع فيجوز لعدم الصلة ، أما أخت الأخ فإنه يحل له التزوج بها سواء أكانت من نسب أم رضاع إذا انعدمت العلاقة ، وذلك إذا كانا أخوين لأب ، ولأحدهما أخت لأمه ، أو أخوين لأم ، ولأحدهما أخت لأبيه . وذلك كما لو تزوج محمد بزوجتين إحداهما ثريا ، والأخرى تدعى بسمة ، فأنجب من ثريا ولدا وسماه خالدا ، وأنجب من بسمة ولدا أسماه بكرا . ثم طلقت منه ثريا فتزوجت بآخر يدعى زكريا فأنجب منها بنتا ، فإن هذه البنت يجوز لبكر أن يتزوجها رغم أنها أخت أخيه من النسب ، ومن ثم يصح من الرضاع من باب أولى . ولقد وضع الفقهاء ضابطا لهذا فيقول الشاعر :

أربع هن في الرضاع حلال ... وإذا ما نسبتهن حرام
جدة ابن وأخته ثم أم ... لأخيه وحافل والسلام
أم عم وعمة وأخ ابن ... أم خال وخالة يا همام

وهذه هي بعض الصور التي خالف فيها الرضاع النسب .

ثالثاً : شروط الرضاع المحرم :

١- أن يكون اللبن لإمرأة ، فلو كان اللبن لرجل أو لخنثى ، أو لبن بهيمة : لم تثبت الحرمة لأن المرضعة هي كل امرأة تحتمل الولادة ، إذا لا حكم للبن الرجل ، ولا للبن البهيمة ، ولا للبن الميتة [١] .

أما عند الإمام أحمد ، وهو قول لأبي ثور والأوزاعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، أنه لا تشترط الحياة بل يحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ، لأن الإرضاع وجد على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو كانت حية ، ولأنه لا فرق بين شربه في حياتها وموتها ولأن اللبن لا يموت [٢] .

٢- أن يتحقق وصول اللبن الى معدة الرضيع بطريق منفذ طبيعي (وإن تقاياه في الحال لوصوله الى محل التغذي ...) والمنفذ الطبيعي هو الفم ويلحق به الأنف لأنهما الفتحتان الموصلتان للمرىء الذي يوصل الى المعدة . لهذا لو وصل اللبن الى الجسم عن طريق تقطيره في الأذن ، أو عن طريق جرح غائر ، أو حقن الطفل به ، فلا يترتب على هذا تحريم ، لأن اللبن لا يصل الى المعدة عن هذه الطرق ، فلا يتغذى به الجسم ولا ينبت لحما ولا ينشز عظما . وكذلك لو التقم الطفل الثدي ولم نتأكد من رضاعة لا تترتب الحرمة على هذا لأن الحرمة لا تثبت بالشك .

---

(١) المهذب ١٥٧/٢ ، الوجيز للغزالي ١٠٥/٢ .

(٢) المغني ١٩٨/٩ .

٣- بقاء اللبن على صفاته إذا خلط بغيره : ومعلوم أن صفات اللبن : لونه وطعمه ورائحته . فإذا تم خلط اللبن بغيره ولم تبق له صفاته فلا يترتب على شربه حرمة ، ولا تزول أو تتغير صفات اللبن إلا إذا كان مغلوبا من المائع الذي خلط به ، فإذا كان اللبن غالبا أو مساويا فالتحريم يثبت به لبقاء صفاته .

٤- أن يكون الرضاع في مدته : بمعنى أنه إذا حصل في خلال المدة التي حددها الفقهاء مع توافر الشروط الأخرى ، كان الرضاع محرما .

وللفقهاء آراء في ذلك :

الرأي الأول : وهو لجمهور الفقهاء ، وقدروا المدة بالنسبة له بحولين فقط .

الرأي الثاني : وهو لأبي حنيفة وقدر المدة بحولين ونصف ، وقال أبو يوسف ومحمد بالحولين - قول الجمهور - .

الرأي الثالث : زفر وجعل المدة بالنسبة له ثلاث سنوات .

دليلهـــــم :

دليل الجمهور : استدل الجمهور بالآتي :

(أ) يقول سبحانه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ (١) . فالآية الكريمة توضح بأن أقصى مدة للرضاع حولان كاملان ، وهذا يوضح بأن هذه المدة هي تمامه .

(ب) وبقوله سبحانه : ﴿ **ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها**

---

(١) البقرة / ٢٣٣ .

ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾ [1] . ومعلوم عند الفقهاء أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر ، فلهذا يكون الفطام في المدة الباقية وهي عامان .

(ج) وبقوله – صلى ا الله عليه وسلم – (لا رضاع إلا ما كان في الحولين)[2] . ودلالة الحديث واضحة في أن الرضاع المحرم هو ما كان في الحولين ، فإن زاد على ذلك أي بعد هذه المدة ، فلا يكون محرما .

واستدل أبو حنيفة بقوله سبحانه : **﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾** حيث أن الحمل في الآية الكريمة يحتمل أن يكون الحمل في البطن ، وعلى الذراع وخلاف ذلك وما دام الأمر كذلك فتكون مدة الانفصال ثلاثين شهرا والتحريم يؤخذ فيه بالاحتياط ، ومن أجل ذلك كان ولا بد من التوسع في المدة التي يترتب على الإرضاع فيها التحريم . أما ذكر الحولين في آية الرضاع فقد فسرها الحنفية ، بأنها أقصى مدة تأخذ المرضعة فيها أجرا على الإرضاع .

واستدل زفر على ما ذهب إليه ، من جعله مدة الرضاع ثلاثة أعوام بقوله : أنه لا بد من مدة تزيد على هذين الحولين ، وذلك من أجل أن يتعود الطفل على غير اللبن ، وقدرت المدة بسنة على سبيل الاحتياط .

الراجح : والذي اعتقده أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلته .

---

(١) الأحقاف / ١٥ .

(٢) نيل الأوطار ٣١٥/٦ .

٥- مقدار الرضاع : اختلف الفقهاء في هذا الشرط ، على ثلاثة أقوال :

الأول : وهو ما ذهب إليه الشافعية [١] والراجح عند الحنابلة : بأن التحريم بسبب الرضاع لايثبت إلا بخمس رضعات متفرقات ، وقد استدلوا على ذلك بالآتي :

أ - ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت : [كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهن فيما يقرأ من القرآن] [٢] .

وجهُ الدلالة : إن العدول من العشرة إلى الخمسة دليل واضح أن الحد الفاصل بين التحليل والتحريم هو هذا العدد - الخمس - .

ب- ثم إن علة التحريم بسبب الرضاع أن جسم الإنسان قد تكون من لبن المرضعة وبذلك صارت أماً له ، بمعنى أنه أصبح جزءاً منها يؤيد ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - [لايحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم] وهذا لايتحقق إلا برضاع يوم كامل ، وما يحتاج إليه الطفل على امتداد اليوم هن خمس رضعات [٣] .

وبناء على ذلك فإن كان أقل من خمس رضعات فإنه لايثبت به التحريم .

قال ابن تيمية [٤] : والتقييد بالخمس له أصول كثيرة في الشريعة .

فإن الإسلام بني على خمس ، والصلوات المفروضة خمس ، وليس فيما دون

---

(١) المهذب ٢/ ١٥٧ .

(٢) صحيح مسلم ٦٣١/٣ ، وسنن ابي داود ٢٢٣/٣ .

(٣) نظام الأسرة أ . د / محمد فهمي السرجاني /١٠٨ .

(٤) مجموع الفتاوي ٤٤/٣٤ .

خمس صدقة ، وأنواع البر خمسة كما قال سبحانه ﴿ **ولكن البر من آمن با لله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين** ﴾ (١) .

<u>الثاني</u> : وهو ما ذهب إليه جماعة منهم ، أبو ثور وداود وابن المنذر وهو رواية عن الإمام أحمد ، من أن التحريم يتم بثلاث رضعات فأكثر .

<u>**ودليلهم**</u> : فقد استدلوا على ذلك :

(أ) بما روي عن عائشة – رضي ا لله عنها – أن النبي – صلى ا لله عليه وسلم – قال : (لا تحرم المصة والا المصتان) .

(ب) وما روي من أن رجلاً سأل النبي – صلى ا لله عليه وسلم – : أتحرم المصة ؟ فقال : (لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان) . وفي رواية أخرى (لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان) .

<u>**وجه الدلالة**</u> : أن النبي – صلى ا لله عليه وسلم – أخبر بأن المصة والمصتين وبأن الرضعة والرضعتين كذلك لا يثبت بها حكم الرضاع الموجب للتحريم ، فيكون مفهوم ذلك أن الثلاث فما فوقها تحرم .

<u>**الثالث**</u> : وذهب الحنفية ، والمالكية ومعهم علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم إلى القول : بأن الرضاع قليله وكثيره يحرم .

<u>**ودليلهم**</u> : استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والقياس :-

<u>**أما الكتاب**</u> : فقوله سبحانه : ﴿ **وأمهاتكم اللآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ (٢) .

---

(١) البقرة / ١٧٧ . (٢) النساء / ٢٣ . .

وجه الدلالة : من الآيـة : أنهـا عامـة مطلقـة ولم تقيـد بقيـد ، فتبقـى علـى إطلاقها بمعنى أنه متى وُجد الرضاع بقليل أو كثير ثبتت الحرمة .

وأما السنة : فقوله – صلى الله عليـه وسـلم – : (يحـرم مـن الرضـاع مـا يحرم من النسـب) [1] . والحديث الشريف جاء موافقا للآية من حيث الإطلاق .

وأما القياس : فقد قاسـوا الرضـاع علـى الجمـاع ، بجـامع أن كـلا منهمـا يحرم ، فكما أن الجماع يحرم سواء كان هذا الجماع قد تكـرر أم لا ، فكذلـك الرضـاع يترتب عليه التحريم سواء كان قليلا أو كثـيرا . وكذلـك فـإن إنشـاز العظـم ، وإنبـات اللحم يحصل بقليله وكثيره إذ كل واصل إلى الجوف بحمل قسطه من التغذية .

الراجح : والراجح هو ما ذهب إليه الرأي الأول لما فيه من التيسير على العباد بجعل الرضاع المحرم خمس رضاعات ثم إن الرأي الذي يقول بثلاث رضاعات فدليلـه مفهوم الأحاديث التي نصت على عدم التحريم بالرضعة والرضعتين وهذا يتعـارض مـع مفهوم أحاديث الخمس رضاعات ، وبهذا قد تعارضا فتساقطا ولم يبق إلا حمل المطلـق في القرآن والسنة على الخمس الواردة في الأحاديث [2] ، ونصت المادة (١٣) من مشروع قانون الإمارات :

١- [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا مـن قبل المرضع] .

٢- [ولا تثبت حرمات المصاهرة عن طريق الرضاع] .

---

(١) نيل الأوطار ٦/٣١٧ .

(٢) نيل الأوطار ٦/٣١٣ .

ونصت المادة – ٢٧ – من مشروع دول مجلس التعاون على الآتي : [يحرم من الرضاع مايحرم من النسب إذا وقع الرضاع في العامين الأولين] .

ما يثبت به الرضاع :

إذا كان الرضاع معروفا ومعلوما بين الناس فإن التحريم به ثابت لايحتاج إلى دليل يثبته .

أما إذا لم يكن معروفا فإنه في هذه الحالة في حاجة إلى دليل . والمثبت له أحد أمرين الإقرار أو البينة .

الإقرار : وهو يكون باعتراف الطرفين – الرجل والمرأة – أو يكون من أحدهما . وتفصيل هذا :

أن يقر شخص بأن هذه المرأة أخته من الرضاع فإن صدقته في هذا الإقرار ثبتت الحرمة بينهما مطلقا سواء كان هذا الإقرار قبل الزواج أو بعده ، فإن كان قبله لايحل لهما الإقدام على الزواج ، وإن كان بعده وجب عليهما الانفصال وإلا فرق القاضي بينهما . ومثل ذلك ما إذا كانت المرأة هي التي بدأت بالإقرار وصدقها الرجل ، وإذا كان الافتراق قبل الدخول فالمرأة هنا لاشيء لها من المهر ، أما إذا كان بعد الدخول فإنه يجب لها الأقل من المهر المسمى ومهر المثل . ولاتجب لها نفقة في عدتها ولاسكنى .

أما إذا كان المقر هو الرجل وقامت المرأة بتكذيبه ثبت التحريم أيضا لذا لايحل له أن يقدم على زواجها إن كان هذا الإقرار قبل الزواج فإن كان بعده وجب أن يفارقها ، فإن لم يتم هذا فرق القاضي بينهما . وإذا افترقا قبل الدخول وجب لها

نصف المهر ، وإن كان بعده وجب لها كل المهر المسمى ولها النفقة والسكنى في العدة ، لأن إقراره حجة قاصرة عليه لهذا لايتعدى إلى حقوق المرأة بالإبطال ، وإذا رجع عن إقراره قُبل منه هذا الرجوع مالم يكن قد أكد إقراره .

وإذا كان الإقرار من جانبها وكذبها الرجل وكان قبل الزواج فإن ثبتت على إقرارها ولم ترجع عنه فلا يجوز لها أن تتزوجه ، وإن رجعت عن إقرارها جاز لها التزوج منه .

أما إذا كان إقرارها بعد الزواج وكذبها الرجل فلا يلتفت إلى هذا الإقرار وإن أصرت عليه ، لأنها متهمة في ذلك الإقرار لاحتمال أنها فعلت ذلك للتخلص من هذا الزواج . بخلاف إقراره حيث لاتهمة فيه ، لأنه يملك التخلص عن طريق الطلاق .

لهذا قرر الفقهاء أن الزوجة تصدق في إقرارها بعد الزواج إذا كانت العصمة بيدها حيث تستطيع أن تتخلص بالطلاق .

أما البينة : فهي موضع اتفاق بين الفقهاء بالنسبة لإثبات الرضاع بها ولكنهم اختلفوا في مقدارها .

الحنفية : ذهب الحنفية إلى القول : بأنه لايثبت إلا ببينة كاملة شهادة رجلين أو رجل واحد وامرأتين كسائر الحقوق ، لأنه يترتب عليه حقوق مالية وغيرها ، وهو مايحتاج إلى تمام البينة .

ويؤيد ذلك ماروي عن عمر بن الخطاب أتي بامرأة شهدت على رجل أنها أرضعتهما فقال : لاحتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان . وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد .

ومن الفقهاء من يرى أنه يكفي في إثباته شهادة النساء وحدهن ، لأن الرضاع مما لايطلع عليه الرجال فيختص بشهادة النساء ، ومن هؤلاء من يكتفي بشهادة امرأة واحدة إذا كانت مشهورة بالصدق والعدالة . ومنهم من يشترط العدد بأربعة من النسوة أو باثنتين على الأقل .

والحقيقة أن قولهم بأنه أمر لايطلع عليه الرجال غير مسلم به لأن المحارم من الرجال يطلعون على هذا ولا حرج فيه . وبعد الافتراق أو التفريق يجب مايجب بالنسبة لكل عقد فاسد . بمعني أنه لاشيء لها قبل الدخول ، أما بعده فيجب لها مهر المثل إن لم يكن هناك مهر مسمى ، أو الأقل منه ومن المسمى إذا كان سمي لها مهراً ، لأن المسمى إن كان هو الأقل فقد رضيت به فلا يزاد عليه ، وإن كان مهر المثل هو الأقل فهو الواجب الأصلي في كل زواج فاسد ولايعدل عنه إلا بمقتضى ، وإذا لم تصح البينة بأن نقص العدد أو كان الشهود غير عدول فإنه لا اعتبار لها في القضاء بمعنى أن القاضي لايملك التفريق بينهما [1] .

حكمة التحريم بالرضاع :

يحدث التحريم بالرضاع بسبب تكون أجزاء البنية الإنسانية من اللبن ، فلبن المرأة ينبت لحم الرضيع ، وينشز عظمه أي يكبر حجمه ، كما جاء في الحديث : (لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم) .

فإن إنشاز العظم وإنبات اللحم ، إنما يكون لمن كان غذاؤه اللبن ، وبه تصبح المرضع أما للرضيع ، لأنه جزء منها حقيقة ، ويصبح أولاد المرضع أخوة له ، وبهذا رفع الإسلام من شأن المرأة المرضع حتى وضعها في مرتبة الأمهات .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٢١٨ - ٢٢١ .

المحرمات على سبيل التأقيت

بعد الإنتهاء من الكلام عن الرضاع المحرم يكون الحديث عن المحرمات على سبيل التأبيد قد انتهى ، لذلك سوف يكون الحديث – بمشيئة الله تعالى – على التحريم المؤقت وهو الذي يزول بزوال سببه وهن أصناف كثيرة ، أذكر منها الآتي :

١- زوجة الغير أو معتدته : فلا يصح للرجل أن يتزوج من امرأة غيره ولا من مطلقة الغير التي لا تزال في العدة ، لقوله تعالى : ﴿ **والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾ [١] . فإن المراد بالمحصنات هنا المتزوجات ، وقد استثنت هذه الآية المملوكات بملك اليمين وهن المسبيات في الحرب ، وقد كن متزوجات ، إذا وقع السبي عليهن وحدهن من غير الأزواج ، فالمرأة ذات الزوج في دار الحرب إذا سبيت وحدها فقد وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب إختلاف الدار فيحل التزوج بها . وقوله سبحانه : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ [٢] ، وقوله سبحانه : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربص بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** ﴾[٣] .

فلا يحل لأحد غير من فارق المعتدة أن يعقد عليها ما دامت لم تنقض عدتها ، لتعلق حق الغير بها أيضا ، فإن بعض أحكام النكاح لا تزال قائمة حينئذ ، وما دام المانع من تزوج المعتدة هو حق الغير فيجوز لمن فارق المرأة أن يتزوجها وهي معتدة منه ، سواء كانت معتدة من طلاق ، أو عدة فرقة بعد الدخول بناء على نكاح فاسد أو شبهة .

---

(١) النساء / ٢٤ . (٢) البقرة / ٢٢٨

(٣) البقرة / ٢٣٤ .

٢- المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها : فلا يحل لهذا المطلق أن يعقد عليها حتى تنقضي عدتها وتتزوج بآخر زواجا صحيحا شرعيا ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا ، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، لقوله سبحانه ﴿ **فإن طلقها - أي الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾ [١] .

ووضح ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للسائلة التي أرادت أن ترجع لزوجها الأول قبل أن يدخل عليها الزوج الثاني لقوله (لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك) [٢] .

٣- من لا تدين بدين سماوي : لا يحل للمسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ، ولا كتاب إلهي ، بأن تكون مشركة تعبد غير الله كالوثنية التي تعبد الأصنام ، أو المجوسية عابدة النار أو البوذية أو الإبراهيمية وغير هذه الطوائف لقوله سبحانه : ﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم** ﴾ [٣] . وقوله - عليه الصلاة والسلام : (سنوا بهن سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم) .

وحكمة التحريم : أن بين المسلم والمشركة تناقضا وتنافرا واختلافا شاسعا في العقيدة ، من شأنه أن يحول دون تحقيق ما ينشده الزواج من السكن والمودة والرحمة ، وكيف يتم ذلك والله سبحانه يقول : ﴿ **أولئك يدعو الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة بإذنه** ﴾ .

---

(١) البقرة / ٢٣٠ .

(٢) البخاري ومسلم ٦٠٦/٣ ، فتح الباري ٢٨٢/١١

(٣) البقرة / ٢٢١ .

٤- الجمع بين محرمين : يحرم على المسلم ابتداءً ودواما أن يجمع بين امرأتين محرمين ، والمراد بمحرمين : كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، بحيث لو فرضت إحداهما ذكرا حرمت على الأخرى ، وذلك كالأختين ، فإننا لو فرضنا إحداهما ذكرا لا تحل للأخرى . كذلك يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها ، لقوله سبحانه : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف** ﴾ . ولقوله – صلى الله عليه وسلم – (لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها ، إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) [(١)] .

٥- الجمع بين أكثر من أربع نساء : فلا يصح للرجل أن يتزوج خامسة وفي عصمته أربع حتى يفارق إحداهن وتنتهي عدتها لقوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ...** ﴾ [(٢)] ، والنكاح في العدة قائم حكماً .

والمالكية والشافعية يبيحون زواج الخامسة بعد الافتراق من الرابعة بطلاق بائن ، لأنهم يعتبرون النكاح منقطعا بالطلاق البائن . وكذلك ما روي عن نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس نسوة فقال له النبي – صلى الله وعليه وسلم – : (أمسك أربعا وفارق الأخرى) [(٣)] .

وقد خالف في ذلك بعض الشيعة [(٤)] ، فقد أجازوا الجمع بين تسع زوجات أجنبيات في وقت واحد ، وذلك على اعتبار الجمع في الآية لا التخيير ، فقوله سبحانه : ﴿ **مثنى وثلاث ورباع** ﴾ مجموعها تسع لا أربع ، ولكن الجمهور يعتبرون التخيير في الآية ويكون المعنى حينئذ : أن لكل شخص أن يتزوج حسب حاجته في

---

(١) نيل الأوطار ١٤٦/٦ . (٢) النساء /٣

(٣) نيل الأوطار ١٤٩/٦ . (٤) نيل الأوطار ١٠٥/٦ .

حدود هذا العدد أي الأربعة .

وأبعد من هذا ماذهب إليه أهل الظاهر من أنه يجوز الجمع بين ثماني عشرة زوجة متكلفين في تفسير الآية حيث قالوا : إن مثنى معناها اثنين اثنين وكذلك ثلاث ورباع وهي معطوفة بالواو المفيدة للجمع ومجموعها ثماني عشرة .

ولاشك أن كلا من التفسيرين يخرج الآية عن الأسلوب العربي الفصيح وأيضا فهم مخالفين للسنة الصحيحة والإجماع العملي للصحابة ، ثم إن الأسلوب العربي إذا قال أحد الناس وزع هذا المال على المحتاجين درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة فهو لايريد اعطاء كل محتاج ثماني عشرة ولكنه يريد إعطاء البعض درهمين والبعض الآخر ثلاثة ، والبعض الآخر أربعة [1] .

وقد نصت المادة – ١٥– من مشروع قانون الإمارات بأنه (لا ينعقد زواج الرجل بزوجة الغير أو بمعتدته) .

وكذلك المادة – ١٨ – منه : (لا يصح أن يتزوج الرجل مطلقته طلقة ثالثة إلا بعد إنقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا في زواج صحيح) . ونصت المادة (١٤) منه على الآتي : [لا ينعقد :

(أ) زواج المسلم بمن لا تدين بدين سماوي .

(ب) زواج المسلمة بغير المسلم أو بحديث الاسلام مع قيام أمارات كذبه .

(ج) زواج المرتد عن الاسلام أو المرتدة ولو كان الطرف الآخر غير مسلم .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

ونصت المادة -١٧- بما يأتي : [لا يصح أن يجتمع في عصمة رجل أكثر من أربع زوجات ، وتعتبر في العصمة من طلقت حتى تنتهي عدتها] .

ونص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون في المادة - ٢٩ - في فقراتها من ١ إلى ٨ على المحرمات بصورة مؤقتة .

تعدد الزوجات :

لقد أباح الإسلام تعدد الزوجات إذا توافرت فيه الشروط التي تجعل من التعدد فعلا ، لا إثم فيه ولا حرج فيه ، لمن كان في حاجة إليه ، وليس هذا بدعا من الإسلام ، فقد جاء الإسلام والتعدد أمر واقع في كثير من البلاد وبين كثير من الأمم ، وقد اقرته الأديان السابقة على الاسلام .

ولكن التعدد قبل الإسلام ما كان يقتصر على أربع كما هو الحال في الاسلام ، وإنما كان للرجل أن يتزوج ما شاء من النساء بدون التقيد بعدد ، وكان هذا ولا شك فيه ظلم كبير للنساء ، حيث أن الرجل لا يستطيع أن يفي بمطالب الزوجات الكثيرات ، فكانت العظمة في قوله سبحانه : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع** ﴾ . وقد جعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - هذه الآية منهاجا عمليا حين أمر أحد الأصحاب أن يفارق ما زاد عن الأربع . وإمعانا في تحقيقهذا السلوك القويم شرط الإسلام شروطا ، لمن أراد أن يعدد ، وهذه الشروط تنحصر في شرطين :

١- العدل بين الزوجات : وهذا القيد دلت عليه الآية الكريمة : ﴿ **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة** ﴾ وجاءت هذه الآية بعد قوله سبحانه : ﴿ **فانكحوا ما**

طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ . والمعنى كما ذكره المفسرون : هو إباحة التعدد لمن كان عادلا ، أي واثقا من عدله ، أما إذا كان يعلم أو يظن أنه سوف يكون ظالما إن تزوج بأكثر من واحدة ، فلا يحل له شرعا أن يعدد الزوجات ، وقد سبق هذا الشرط بالنسبة للزوجة الواحدة ، فمن باب أولى أن يكون هنا بالنسبة للتعدد .

ومعلوم أن العدل المطلوب هنا – في حالة التعدد – هو العدل الذي يقدر عليه الإنسان ، وهو الذي يكون في الأمور المكنة وهي المبيت ، والمساواة في الإنفاق والمعاملة ، أما العدل في الأمور القلبية فهذا أمر لا يستطيعه الإنسان ولا يقدر عليه ، لأن القلوب بيد الله سبحانه ولقد صدق الله العظيم : ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ﴾ [١] .

ولقد بين الرسول – صلى الله عليه وسلم – هذا المعنى الجليل في الحديث : عن عائشة – رضي الله عنها – قالت : كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقسم بين نسائه ويعدل ويقول : (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك) [٢] .

وبهذا يوضح لنا الرسول – صلى الله عليه وسلم – العدل الذي يستطيع الإنسان أن يقوم به وهو ما كان في الأمور المستطاعة والمشار إليها سابقا ، أما ما كان من الأمور التي لا يستطيع الإنسان السيطرة عليها ، وهي المشار إليها في الحديث الأخير فهذا قدر معفى عنه لأن الله سبحانه ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ﴾ [٣] .

---

(١) النساء /١٢٤ .

(٢) سبل السلام ١٩٤/٣ .

(٣) البقرة /٢٨٦ .

ولهذا حذر الحبيب – صلى الله عليه وسلم – الذين لا يعدلون – العدل المستطاع – بقوله : (من كانت له امرأتان فمال إلى احداهما دون الأخرى جاء يوم القيامة وشقه مائل)[1] .

٢– القدرة على الإنفاق : فإذا كان الإنسان قادرا على أن ينفق على أكثر من زوجة وواثقا من نفسه العدل ، كان من حقه أن يعدد ، وإلا فلا يباح له التعدد ، وقد سبق أن كلا من الشرطين مطلوب حتى ولو كان الإنسان يريد الزواج بواحدة ، فكان من باب أولى أن يكون هذا عند حالة التعدد . ولكن ماذا يكون إذا عدد الشخص دون أن يتوفر الشرطان أو أحدهما ، لا شك أن العقد يكون صحيحا ، لأن الشرطين المذكورين ليسا من شروط الصحة ، ولكن يكون الشخص هنا آثما وسوف يحاسب على هذا يوما .

وبعد هذا البيان للتعدد في الاسلام ، يتضح لنا أن الشريعة الغراء كانت في هذا الأمر وسطا – وهذا هو الشأن دائما – فلم يطلق التعدد دون تحديد للعدد كما كان قبل الإسلام ، ولم يكن هناك اقتصار على الزوجة الواحدة ، بمعنى أن يمنع التعدد منعا باتا .

ولا شك أن فتح الباب للتعدد دون تحديد فيه من الإضرار الكثير منها على سبيل المثال : أن الإنسان ذو قدرة محدودة ، فلو عدد دون التقيد بالعدد – وما أكثر النفوس المنحرفة – لأدى ذلك في كثير من الأحيان الى الظلم ، أي ظلم المرأة وكيف يستطيع الإنسان أن يوفي بما عليه من حقوق لنساء كثر عددهن دون تحديد . ثم إذا ما أغلق باب التعدد أدى ذلك – أيضا – إلى مشقة في بعض الأحيان لرجال لا يريدون

---

(١) سبل السلام ٣/١٩٥ .

الانحراف والوقوع في الفاحشة . إنه الإسلام العدل الرحيم بالخلق جميعا رجالهم ونساؤهم .

حكمة التعدد :

معلوم أن التعدد أمر مباح لم توجبه الشريعة الاسلامية ولم تأمر به ، وإنما يلجأ إليه من كان في حاجة إليه ، وهذه الحاجة إما تكون عامة ، وإما أن تكون خاصة .

الحاجة العامة : منها معالجة قلة الرجال وكثرة النساء ، سواء كان هذا في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء ، كشمال أوربا ، أم كان هذا في أعقاب حروب تحصد الرجال ، مثل ما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى ، حيث أصبحت نسبة النساء للرجال واحدا إلى أربعة أو إلى ستة ، فما كان من النساء الألمانيات إلا أن قمن بمظاهرات يطالبن بالأخذ بنظام التعدد بعد أن قتلت الحرب معظم الرجال الألمان ، وبعد أن كثر اللقطاء في الشوارع والحدائق العامة .

وهنا يصبح نظام التعدد ضرورة اجتماعية وأخلاقية تقتضيها المصلحة العامة والرحمة كذلك ، وأي مصلحة أفضل من صيانة النساء عن التبذل والإنحراف ، وكذلك صيانة المجتمع من الإصابة بالأمراض الخطيرة ، وما يحدث الآن وما يقع من أمراض عجز الطب أن يجد لها دواء أكبر شاهد على ذلك . ما أعظم الإسلام ! ! .

ومن الأسباب العامة كذلك : احتياج الأمة أحيانا الى زيادة نسلها لخوض الحروب والمعارك ضد الأعداء ، أو لحاجة الزراعة والصناعة وغيرها . ومعلوم أن اليهودية قد أباحت التعدد ، ولم يرد في المسيحية نص يمنعه ، وأذنت به الكنيسة في عصرنا للأفارقة المسيحيين .

وأما الحاجة الخاصة فكثيرة منها :

١- عقم المرأة أو مرضها : فقد تكون المرأة عقيما لا تلد ، أو أن يكون بها مرض منفر للزوج ، فهل يكون من الأفضل أن يضم إليها أخرى ، حتى تنجب له الولد ويستطيع أن يعاشرها معاشرة الأزواج أمْ أن تطلق وتصبح بلا عائل يرعى مصالحها وأحوالها .

٢- القدرة الجنسية لبعض الرجال : الرجال يختلفون بالنسبة لهذا الأمر ، فهناك من يكون ذا طاقة جنسية كبيرة عالية ، لا تشبع رغبته امرأة واحدة ، إما لكراهيتها الاتصال الجنسي - هذا عند بعض النساء ، وكذلك بعض الرجال - أو لأن عادتها الشهرية تطول وكذلك نفاسها ، فيكون الحل الأمثل هنا التعدد حتى يعف الرجل ولا يقع في الرذيلة ، فهذه هي بعض الحاجات الخاصة التي تدعو الى التعدد وكذلك العامة . ولكن قد قال البعض بأن التعدد قد يؤدي الى فساد للأسرة بسبب التحاسد والتنافر بين الضرائر ، وكذلك تشريد الأولاد .

والحق أنه لو حدث مثل هذا فلن يعود الى التعدد ، ولكنه يعود الى ضعف القيادة - الرجل - وعدم الالتزام بقواعد الشرع وما يوجبه عليه من عدل في البيت وغيره مما تتطلبه الحياة الزوجية ، وكذلك عدم العناية بالأولاد ورعايتهم كما وضح الإسلام هذا . ثم إن التنافر ليس له وجود إلا بين الضرائر ، ولكنه ربما يوجد بين الزوجة الواحدة وغيرها من نساء أهل الزوج كالأم مثلا ، أو الأخت .

التعدد والقضاء :

لقد أشرت فيما سبق إلى بعض محاسن التعدد – وهناك الكثير الذي يحتاج إلى بحث وحده للحديث عنه بالنسبة لمحاسن هذا التعدد وغاياته – ورغم هذا فقد وجد من ينادي بمنع التعدد وجعله بيد القاضي ، وبهذا يضيف شروطا جديدة فوق ما اشترطه الشرع الحنيف ، وهذا أمر لا يجوز شرعا ، بل هو مرفوض تماما ، وذلك للأسباب الآتية :

١– إن الله سبحانه أناط بالراغب في التعدد بتحقيق شرطيه – المشار اليهما سابقا – وهما العدل ، والقدرة على الإنفاق ، يقول سبحانه : ﴿ **فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة** ﴾ فإن الخطاب هنا للراغب في الزواج والتعدد ، وكذلك لم يرد عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكذلك الصحابة من بعده ، أنه سأل أحداً عن قدرته بالنسبة للعدل أو الإنفاق قبل أن يعدد ولو حدث هذا لنقل إلينا ، فكان هذا إجماعا من عهده – صلى الله عليه وسلم – إلى عصرنا هذا ، أن التعدد إنما هو مباح بالشرطين المذكورين وليس لأحد – مهما كان ولو قاضيا – أن يخالف هذا .

٢– يقال بأن القاضي سوف يتولى تحقيق شرطي التعدد ، وأقول كيف هذا ؟ إذا استطاع أن يتحقق من يسار الزوج ، فكيف بالله يستطيع أن يتحقق من عدله وعدمه ؟ وهو أمر مستقبلي لا يعلم حقيقته إلا رب العباد ، ثم إن مثل هذه الأمور ، أي حاجة الإنسان إلى التعدد – الحاجات الخاصة – أمور شخصية كثير من الناس لا يحب أن يطلع عليها أحد لما فيها من الأسرار والخفايا التي لا يباح لكثير من الناس الاطلاع عليها .

٣- إن نسبة التعدد في البلاد العربية والإسلامية ليست بالكثرة التي تخيف ، وخصوصا في عصرنا هذا التي أصبحت تكاليف الزواج فيه باهظة ومتطلباته متنوعة ، بل أصبح الحصول على الزوجة الواحدة لكثير من الشباب ليس بالأمر اليسير ، فعلام هذه الضجة كلها [1] .

وأستطيع أن أقول بأنه ليس من حق أحد أن يطالب بمثل هذا ، بعد مناقشة هذا الموضوع في مجمع البحوث الاسلامية في الأزهر الشريف في المؤتمر الثاني الذي عقد بالقاهرة في مايو سنة ١٩٦٥ وصدر فيه قرار جماعي من علماء العالم الإسلامي ونصه : (يقرر المؤتمر أن تعدد الزوجات مباح بصريح نصوص القرآن الكريم بالقيود الواردة فيه ، وأن ممارسة هذا الحق متروكة إلى تقدير الزوج ولا يحتاج في ذلك إلى إذن القاضي) . ولهذا جاء مشروع قانون الإمارات خاليا من أي قيود بالنسبة للتعدد .

وجاء نص المادة - ١٧ - : [بأنه لا يصح أن يجمع في عصمة رجل أكثر من أربع زوجات ، وتعتبر في العصمة من طلقت حتى تنتهي عدتها] .

ونص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ٢٩ - في الفقرة ٢ أنه يحرم الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت أحداهن في العدة .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٧ / ١٦٨ - ١٧٣ .

المبحث السابع
في الولاية والوكالة والكفاءة

فيما سبق اتضح لنا أن من شروط نفاذ عقد الزواج ، ألا يكون العاقد فضوليا ، بمعنى أن يكون العاقد أصيلا يعقد لنفسه ، أو أن يكون نائبا عن غيره بإنابة الشارع له سبحانه وتعالى ، أو أن يكون وكيلا في إنشاء هذا العقد عن صاحب الشأن فيه .

وهذه الأمور الثلاثة هي التي تسمى ولاية الإنشاء ، فإذا ما تحققت هذه الولاية كان العقد صحيحا نافذا ، وإذا لم تتحق كان العقد صحيحا غير نافذ عند الحنفية ، وكان باطلا عند الشافعية ومن معهم .

وكذلك اتضح لنا أن من شروط اللزوم أن تزوج المرأة البالغة العاقلة نفسها من كفء ، وإلا كان غير لازم ، بمعنى أن يكون للأولياء حق طلب الفسخ ، ولا يكون العقد لازما في حقهم . وحين أناب الشارع بعض الأقارب بهذا العقد ، كانت ولاية ، أما إذا أناب الشخص غيره في هذا ، كانت وكالة ، ولكل منهما أحكام ، وكذلك الكفالة أذكرها فيما يأتي :

أولاً : الولاية في الزواج :

الولاية لغة : بكسر الواو ، وفتحها – المحبة والنصرة ، يقول سبحانه : ﴿ ومن يتول ا لله ورسوله ، والذين آمنوا ، فإن حزب ا لله هم الغالبون﴾ [1] .
وقوله سبحانه : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ﴾ [2] .

وكذلك تكون بمعنى القدرة والسلطان ، يقال : (الوالي) أي صاحب السلطان .

---

(١) المائدة / ٥٦ . (٢) التوبة / ٧١ .

واصطلاحاً : سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود ، وترتب آثارها عليه دون توقف على إجازة أحد . ومعلوم أن الولاية في الزواج مبنية على أن عقد الزواج يشترك في مفاخره أو معايبه جميع الأسرة ، لذا وكل أمرها إلى العصبات من أهل الزوجين .

وذهب الحنفية إلى تقسيمها – الولاية على النفس – إلى نوعين :

١- ولاية إجبار : وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته بغير إذنه ورضاه ، وهي التي تعتبر ولاية كاملة .

٢- ولاية اختيار أو ندب : وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه . بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج ، ويتولى الولي عقد الزواج .

شروط الولي : (١)

١- أن يكون كامل الأهلية : بمعنى أن يكون بالغا عاقلا حرا ، فلا تصح ولاية الصبي والمجنون والمعتوه – ضعيف العقل – والسكران ، ومختل النظر بهرم أو خبل ، وهو ما يعبر عنه عند الحنفية بقولهم : ألا يشتهر الولي بسوء الاختيار ، وكذلك الرقيق . أما اشتراط البلوغ والعقل ، فلأن الولاية تحتاج الى النظر وهؤلاء لا نظر عندهم ، لفقد العقل أو اختلاله ، فلا يعول على رأيهم . وكذلك المعتوه ومختل النظر فلنفس العلة هذه . وأما كونه حرا : لأن ولاية الرقيق لا تصح ، لأنه لا يستقل بالولاية على نفسه فمن باب أولى أن لا يكون وليا على غيره ، ثم إنه مشغول بخدمة سيده فلا وقت عنده للنظر في مصالح الغير .

---

(١) البدائع ٢٣٩/٢ ، الشرح الصغير ٣٦٩/٢ ومابعدها ، مغني المحتاج ١٥٤/٣ ومابعدها ، المهذب ٣٦/٢ ، كشاف القناع ٥٥/٥ ومابعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٩٥/٧ - ١٩٨ .

٢- إتفاق دين الولي والمولى عليه : فلا تصح ولاية غير المسلم على المسلم ، ولا للمسلم على غير المسلم ، بمعنى أنه لا يزوج عند الحنفيــة والحنابلـة كـافر مسـلمة ولا عكسه ، وقال الشافعية وغيرهم ، يزوج الكافر الكافرة ، سواء أكان زوج الكافرة كـافرا أم مسلما ، وقال المالكية : يزوج الكافرة الكتابية مسلم . ولا ولايــة للمرتـد علـى أحـد مسلم أو كافر ، لقوله سبحانه : ﴿ **والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعـض**﴾ [١] ، وقوله سبحانه : ﴿ **والذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾ [٢] وقوله سبحانــه : ﴿ **ولن يجعل ا لله للكافرين على المؤمنين سبيلاً**﴾ [٣] ، ولقولـه – صلـى ا الله عليـه وسـلم – (الإسلام يعلو ولا يعلى) [٤] ، والسبب في اشـتراط إتحـاد الديـن : هـو إتحـاد وجهـة النظر في تحقيق المصلحة ، ثم إن في إثبات الولاية على المسلم من جهة الكـافر إشـعارا بالإذلال ، أي بإذلال المسلم .

٣- الذكورة : اشترط غير الحنفية هذا الشرط ، لأن المرأة لا ولايــة لهـا علـى نفسها فلا تكون لها ولاية على غيرها من باب أولى . والحنفية يجوزون ذلك لأن علـى مذهبهم يصح للبالغة العاقلة الرشيدة الحرة أن تزوج نفسها ، وأن تزوج غيرها .

٤- العدالة : بمعنى أن يكون عدلا في الظـاهر ، لإن اشـتراط العدالـة ظـاهرا وباطناً فيه حرج ومشقة ، ويؤدي هذا الى بطلان كثير من الأنكحة . لمـا روي عـن ابـن عباس [لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد] [٥] ، لأنها ولاية تحتاج الى النظـر فـلا

---

(١) التوبة / ٧١ .　　(٢) الانفال / ٧٣ .

(٣) النساء / ١٤١ .

(٤) رواه الدار قطني في سننه ، ورواه الطبراني في الأوسط وعلقه البخاري في صحيحه – المقاصد الحسنة ٥٨ .

(٥) قال الإمام أحمد : أصح شيء في هذا قول ابن عباس مرفوعاً (لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل) .

يستبد بها الفاسق .

وذهب الحنفية والمالكيـة إلى القـول : بـأن العدالـة ليسـت شـرطا في ثبـوت الولاية ، فللولي عدلا كان أو فاسقا تزويج من له ولاية عليها كابنته مثـلا ، لأن فسـقه لا يمنع وجود الشفقة عنده ، ولأن حق الولاية عام ، ولم ينقل أن وليا في عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم – ومن بعده منع من التزويج بسـبب فسـقه ، وأعتقـد أن هـذا الرأي هو الراجح ، لأنهم ضعفوا حديث ابن عباس ، ثم قد فسروا (المرشد) بمن يرشـد غيره إلى وجوه المصلحة ، وليس معناه العدل ، والفاسق أهل لذلك .

ومشروع الإمارات قد نص في المـادة – ٢٤٧ – علـى الآتـي : [يشـترط في ولي النفس أن يكون أمينا على نفس القاصر ، قادرا على تدبير شئونه متحدا معه في الديـن وألا يكون هو تحت ولاية لغيره على نفسه] .

ونصت المادة – ١٤ – من المشروع الموحد لـدول مجلـس التعـاون علـى شـروط الولي بالآتي : [يشترط في الولي أن يكون ذكرا ، عاقلا ، بالغا ، غـير محـرم بحـج أو عمرة مسلما إذا كانت الولاية على مسلم] .

لمن تثبت الولاية : [1]

ذهب الحنفية إلى أن الولاية – ولاية الإجبار – تثبت للعصبات النسبية والسببية وغيرهم من الأقارب :

أولاً : العصبة النسبية وهم جهات أربع :

١- البنوة : وهو الابن وإن نزل .

٢- الأبوة : وهو الأب وإن علا [2] .

٣- الأخوة : وهو الأخ الشقيق ، أو الأخ لأب ، أو ابن الأخ الشقيق ، أو ابن الأخ لأب .

٤- العمومة : وهو العم الشقيق ، أو العم لأب ، أو ابن العم الشقيق ، أو ابن العم لأب .

لقوله – عليه الصلاة والسلام – : (الإنكاح الى العصبات) .

فكل جهة من هذه الجهات ، تقدم على الجهة التي تليها ، وكذلك أفراد الجهة الواحدة إذا استوفى شروط الولاية يقدم الأقرب في الدرجة .

وإذا كان هناك عدد من الأولياء من جهة واحدة ، وكانت الدرجة واحدة ، هنا نقدم الأقوى قرابة مثل جهة الأخوة ، فالدرجة الأولى منها تشمل الأخوة الأشقاء

---

(١) فتح القدير ٤٠٥/٢ ، ٤١٣ – ٤١٦ البدائع ٢٤٠/٢ ومابعدها الدر المختار ٤٢٩/٢ – ٤٣١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٩٩/٧ .

(٢) هذا ماذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف لأن هذا ترتيب التعصيب في الميراث والابن فيه أقوى من الأب ، وقال محمد : يقدم الأب على الابن لأنه أكثر شفقة وأوسع خبرة ودراية .

للمولى عليه ، وتشمل كذلك الأخوة لأب ، فيقدم في هذه الحالة الأخ الشقيق على الأخ لأب ، لأن قرابة الأول أقوى لأنها من جهة الأب والأم معا ، بخلاف الثاني فإنها من جهة الأب فقط . أما إذا كان هناك عدد من الأولياء وكانت الجهة واحدة ، وكذلك الدرجة ، وقوة القرابة كذلك واحدة ، وكان الجميع مستوفيا لشروط الولاية ، هنا تكون الولاية للجميع ، فإذا تولى العقد واحد منهم فهو صحيح ونافذ سواء أجازه الباقون أو لم يجيزوه ، حيث لا مرجح لأحدهم ، وذلك مثل أخت لها أكثر من أخ شقيق وهي تحت ولايتهم .

ولكن إذا تم العقد عليها من قبل أثنين من أخوتها وزوجها كل واحد منهم لرجل أختاره لها . فإذا كان العقدان في وقت واحد ، بطل العقد ، لأنه لا مرجح لأحدهم على الآخر ، وإذا كان العقدان متتاليين صح الزواج السابق ولا يصح الثاني لتأخره .

ثانياً : العصبة السببية :

وهي تكون بسبب العتق ، فإذا كان رجل يملك أمة ثم اعتقها قاصداً بذلك وجه الله تعالى ، فهو وليها في الزواج عند عدم وجود العصبة النسبية لها .

ثالثاً : الأقارب غير العصبة :

عند أبي حنيفة تنتقل الولاية إلى القارب من غير العصبات إذا لم يوجد أحد من العصبات النسبية أو السببية . وترتيبها في الولاية : يكون على حسب قوة القرابة ، فتقدم الأم على الجدة ، بنوعيها ، وتقدم البنت على بنت البنت وبنت الابن لأنها أقرب وهكذا . فإذا لم يوجد أحد من هذه الفروع انتقلت الولاية إلى الجد من قبل

الأم فإذا لم يكن كانت الأخت الشقيقة ، ثم لأب ، ثم الأخ والأخت لأم ، ثم لأولادهم ، ثم الأعمام من جهة الأم ، ثم العمات مطلقا ، ثم الأخوال ، فالخالات ، ثم لأولادهم .

رابعاً : الإمام :

إذا لم يوجد أحد من الأصناف السابقة انتقلت الولاية إلى الإمام - السلطان - لقوله - صلى الله عليه وسلم - (السلطان ولى من لا ولى له) [1] .

ومعلوم أن الإمام لا يقوم بهذا مباشرة ولكن يتولى هذه الأمور نيابة عنه القضاة وذهب مالك [2] وأحمد : إلى ثبوتها للأب أو وصيه فقط ، ومحل إجبار الوصي عند المالكية يكون عند تعيين الأب له الزوج ، أو أمره الأب بالجبر .

وذهب الشافعية إلى القول : بأنها - الولاية - تثبت للأب والجد فقط لأن الأب كامل الشفقة وافر الإيثار يعرف مصلحة أولاده ويلحق به الجد لا غير لأنه يشبهه في وفرة الإيثار والشفقة .

ونصت المادة - ٢٤٥ - من مشروع الإمارات على أصحاب الحق في الولاية بالآتي : [١- الولي على النفس هم العصبة بالنفس المحارم حسب ترتيبهم في الإرث مع مراعاة حكم الفقرة (٢) من المادة - ٣١ - ويقدم الجد الصحيح على الأخوة .

٢- وعند تعدد المستحقين للولاية في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة تختار المحكمة أصلحهم للولاية .

---

(١) أخرجه الأربعة إلا النسائي عن عائشة - سبل السلام ١١٨/٣ .

(٢) الولي غير المجبر - عند المالكية - الأبن أولاً ثم ابنه - عند توافر الشروط - ثم الأب ، ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابنه ، ثم الجد على المشهور .

٣- وإن لم يوجد مستحق عينت المحكمة وليا على النفس من أقارب القاصر إن وجد فيهم صالحا للولاية وإلا فمن غيرهم .

وقد نصت المادة - ١٣ - من المشروع الموحد لودل مجلس التعاون على صاحب الحق في الولاية - أيضا - : [الولي في الزواج هو : العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ، فإذا استوى وليان في القرب ، فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز ، ويتعين من أذنت له المخطوبة] .

على من تثبت الولاية :

ذهب الحنفية إلى القول : بأن ولاية الإجبار تثبت على فاقد الأهلية ، وهو المجنون أو المجنونة والمعتوه أو المعتوهة والصغير أو الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا رعاية لمصلحتهم إذ قد تدعو الضرورة إلى إنشاء عقد الزواج في هذه الحالات انتهازا لفرصة العثور على كفء ، قد لا يتوفر في وقت آخر .

وبهذا يتضح أن الحنفية ، جعلوا هذه الولاية - الإجبار - على الصغيرة بسبب الصغر ، وبهذا لا تكون هذه الولاية على البكر البالغة العاقلة ، لأنها ليست صغيرة ، وكذلك لا تثبت على الثيب الكبيرة ، لأنها إذا لم تثبت على البكر الكبيرة فمن باب أولى ألا تثبت على الثيب الكبيرة ، وبهذا تثبت هذه الولاية على البكر الصغيرة وعلى الثيب الصغيرة أيضا . لوجود العلة وهي الصغر ، ولا شأن للبكارة والثيوبة في ذلك . أما غير الحنفية فإن العلة عندهم في ثبوت هذه الولاية : البكارة فالولى له أن يجبر ابنته البكر مطلقا صغيرة أو كبيرة دون الثيب مطلقا ، بمعنى إذا كانت صغيرة أو كبيرة ، فالموجب لهذه الولاية عندهم البكارة فقط وهذا ما ذهب اليه الشافعي وأحمد ومالك .

ولاية الندب : يتضح مما سبق أن ولاية الندب – عند الحنفية – تثبت على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا لأن الإمام أبي حنيفة يرى أن لا سلطان لأحد عليها في شأن زواجها لكن يستحب أن يكون وليها نائبا عنها في إنشاء العقد تكريما لها وصونا لحيائها .

غيبة الولي وعضله : اتضح فيما سبق أن ترتيب الأولياء في الزواج كالميراث يحجب الأقرب الأبعد ، فإذا غاب الولي القريب غيبة يخشى معها فوات الكفء الخاطب إذا انتظرنا حضوره أو استطلاع رأيه انتقلت الولاية إلى من يليه في الدرجة ، وهذا هو مشهور مذهب الحنفية ، لأن الولاية ثابتة لجميع الأولياء بالترتيب فكما تثبت للقريب تثبت للبعيد ولكن تقديم القريب لأولويته في الترتيب وإذا غاب القريب تعذر مباشرته للعقد فتنتقل الى من بعده .

وقال زفر – من أصحاب أبي حنيفة – تستمر ولاية الغائب ولا تنتقل إلى من بعده لأن الغياب لا يزيلها ، وقدر الفقهاء الغيبة مسافة القصر في السفر وقيل بمسافة لا تصل إليها القوافل إلا مرة واحدة في السنة .

ويرى الشافعية أنه إذا غاب الأقرب تنتقل الولاية للسلطان ، إذ ولاية من بعده لا تثبت إلا بموته حقيقة أو حكما ، فكأنه الأولى له في هذه الحالة ، والسلطان ولي من لا ولى له ، وإذا امتنع الولي الأقرب عن مباشرة عقد الزواج مع وجود خاطب كفء ومستعد بمهر المثل انتقلت الولاية للقاضي ، لأن الولي يكون ظالما في هذه الحالة وولاية رفع المظالم للقاضي ويكون حينئذ نائبا عنه في أداء حق واجب عليه كبيع مال المدين لسداد دينه . وهذا ما أشارت إليه المادة – ٢٥ – من مشروع قانون الإمارت وكذلك المادة – ١٥ – من مشروع دول مجلس التعاون .

حق المرأة البالغة العاقلة في إنشاء عقد الزواج :

هل يصح للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد بإنشاء عقد الزواج دون الرجوع إلى الولي ؟ .

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنه لا يصح لها أن تنفرد بإنشاء عقد الزواج ، لأن فيه من الأخطار والأعباء ما يجب مراعاته ، وإنما الذي يزوجها هو وليها . واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ....** ﴾ [1] وقوله سبحانه : ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم ....** ﴾ [2] .

فالخطاب في الآيتين الكريمتين موجه إلى الأولياء ، فكان دليلا على أن الزواج إليهم لا إلى النساء .

وأما السنة ، فقد وردت في هذا أحاديث كثيرة منها :-

ما رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : (لا نكاح إلا بولي) . قال العلماء : هذا صريح في أن الزواج لا يصح بدون ولي .

وورد عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : [أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها المهر بما استحل بها من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له] [3] .

---

(١) البقرة / ٢٢١ .　　(٢) النور / ٣٢ .

(٣) نيل الأوطار ١١٨/٦ ، نظام الأسرة ١٦٩ - ١٧٢ .

وأما **المعقول** فقد قالوا بالآتي :

إن المرأة لا تؤمن على نفسها ، وذلك لسرعة انخداعها ، ونقصان عقلها ، ثم هي بطبعها تميل الى الرجال ، وكذلك النكاح ، وهذه الأمور قد تؤدي بها إلى التسرع في قبول أي راغب فيها ، مع عدم مراعاة الكفاءة والشرف بالنسبة لأسرتها ، ولا شك أن في هذا إضرارا بها وبأسرتها . ثم إن محاسن الشريعة ، والأخلاق الكريمة ، وكذلك المروءة ، كل ذلك يقتضي من المرأة أن تحافظ على أنوثتها وعلى حيائها ، ولا يكون هذا إلا بعدم ذكر النكاح خصوصا في مجالس الرجال ، لهذا لا تكون لها الولاية على الزواج .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف [1] إلى إثبات هذا الحق للمرأة ما دامت بالغة عاقلة ، فلها أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، متى كان الزوج يكافئها ، وكان المهر كمهر المثل ، فإذا تزوجت بغير كفء ، كان للولي حق الاعتراض ويجيبه القاضي بفسخ هذا العقد ما لم تلد أو يظهر عليها الحمل .

وقد استدلا بالآتي : بالكتاب والسنة والمعقول :-

أما الكتاب : قال سبحانه وتعالى : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ [2] . وقال سبحانه : ﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ [3] . فالآيتان تدلان على أن نكاح المرأة ، ومراجعتها ، وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي ، ولا مباشرته إياه .

---

(١) ومحمد بن الحسن في رواية أخرى .　　(٢) البقرة / ٢٣٠ .

(٣) البقرة / ٢٣٢ .

وأما **السنة** فأحاديث منها :

١- ما رواه ابن عباس - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : (الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها) ، وفي رواية : [الأيم [1] أحق بنفسها] . فهذا الحديث بروايتيه يدل على أن المرأة أحق من الولي في مباشرة عقد زواجها .

٢- [عن خنساء بنت خدام الأنصارية : أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرد نكاحها] .

وروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - [أن جارية بكراً أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -] [2] .

فهذه الأحاديث تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه في النكاح ، وإذا كان كذلك فليس معقولا أن يكون الرضا من الشخص شيء لا بد منه في صحة التصرف ، ثم بعد ذلك يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا ما باشره الشخص بنفسه .

وأما المعقول : فقد قاسوا إنكاح الحرة الرشيدة نفسها على بيع ما تملكه ، حيث أن كلا من البيع والنكاح تصرف من حر رشيد فيمايملكه ، وحكم البيع الصحة ، فيكون النكاح كذلك ، ومع هذا فقد احتاط الحنفية لحق الولي وجعل له حق الإعتراض إن زوجت الكبيرة نفسها بأقل من مهرا لمثل أو كان الزوج غير كفء .

---

(١) الأيم : المرأة التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيبا .

(٢) نيل الأوطار ١٢٣/٦ .

وكذلك يكون من الأفضل أن يزوج البالغة العاقلة وليها بعد أخذ رأيها فيمن يكون شريك حياتها .

الترجيح : بعد عرض أدلة الفريقين أختار رأي الأحناف للأسباب الآتية :

(أ) إن كان الجمهور قد استدلوا بالكتاب والسنة ، فكذلك الأحناف استدلوا بنفس هذه الأدلة .

(ب) أما المعقول الذي استدل به الجمهور ، وهو الحياء وعدم الدراسة وكذلك سرعة خداعها فإن الحنفية بالنسبة لعدم الدراية وسرعة خداعها قد جعلوا لها ضابطا وهو أن من حق الولي الاعتراض يوم أن تزوج الفتاة البالغة العاقلة نفسها بغير كفء أو بمهر دون مهر المثل . أما الحياء فأني لا أرى فارقا كبيرا بين أن تتولى الفتاة البالغة العاقلة عقود البيع والشراء وهي ولا شك سوف تتعامل مع الرجال ضمن معاملاتها المالية . وما يقال بأن هذه العقود – المالية – حق خالص لها أما النكاح فإن الأولياء يشتركون معها في هذا الحق . فيرد على ذلك بأن الأحناف لم يغفلوا عن هذا الحق وجعلوا – كما سبق – حق الاعتراض للأولياء إذا زوجت نفسها بغير كفء أو بمهر دون مهر المثل .

(جـ) وأما ما ذهب إليه الحنفية بالنسبة للمعقول ، فهو المعقول فعلا ، فكما أن الفتى يزوج نفسه ببلوغه كما يزاول عقوده الأخرى ، فكذلك الفتاة وهي كالفتى الجميع مكلف من قبل الله ومطالب بأركان الدين وواجباته .

وقد نصت المادة –٢٤٤– من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي : [يخضع للولاية على النفس الصغير إلى أن يتم سن البلوغ عاقلا ، كما يخضع لها البالغ المجنون أو المعتوه] .

وواضح من هذا النص أن الولاية تكـون علـى : الصغـير حتـى يبلـغ عـاقلا ، وكذلك البالغ المجنون أو المعتوه .

وكذلك نصت المادة – ١٩ – منه على الآتي : [١- يشترط في الأهلية لـلزواج البلوغ ، فيبطل زواج الصغير والصغيرة قبل البلوغ .

٢- للمحكمة أن تأذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا تبين لها رجحان المصلحة من ذلك الزواج على الضرر بعد الرجوع إلى تقريـر مـن لجنـة مـن الأطبـاء الأخصـائيين تنتدبهم لذلك] .

وفي المادة – ٢٧ – منه فقد نصـت علـى الآتـي : [١- لـمن بلـغ سـن الرشـد سفيها ، أو طرأ عليه السفه ، ذكرا كان أو أنثى أن يزوج نفسه .

٢- وإذا كان الزواج بعد الحجر ، أعترض ولي المال على مـازاد أو نقـص مـن مهر المثل] .

٣- والمشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ٨ – : [أ – لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك .

ب – لا يأذن القاضي بذواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توفر الشروط التالية :

١- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالته .

٢- كون مرضه لاينتقل منه إلى نسله .

٣- كون زواجه فيه مصلحة له .

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص] .

ونص في المادة – ٩ – منه على الآتي : [لا يـأذن القـاضي بـزواج المحجـور عليه لسفه إلا بموافقة وليه ....] .

وبهذا يتضح أن مشروع دول مجلس التعاون أكثر أحتياطا ودقة بالنسبة لـزواج المجنون أو المعتوه .

أما بالنسبة لزواج السفيه فإن مشروع الإمارات هو الأولى أن نأخذ به لأنه أكثر رعاية لحق الإنسان في أموره الشخصية ، وإذا أساء السفيه استعمال مالـه هنـا ، فـإن ولي المال له حق الاعتراض .

ثانياً : الوكالة في الزواج [1]

التوكيل لغة : تفويض الأمر الى الغير .

وشرعا : تفويض التصرف في أمره الى غيره وإقامته مقامه .

والقاعدة العامة : أن من ملـك تصرفـا مـن التصرفـات جـاز لـه أن يباشـره بنفسه ، وله أن يوكل غيره نيابة عنه ، كالبيع والشراء ، والـتزويج والطـلاق ، وغـير ذلك من العقود التي تطلب النيابة ، وعقد الزواج – كما سبق – يملكه الزوجـان – إذا كان كل منهما كامل الأهلية – [2] ، لذلك كان من حق كل منهما أن يوكل آخر في أمر زواجه من غير حاجة إلى الإشهاد على التوكيـل ، ولكـن لـو أشـهد لكـان خـيرا ، إذ يقطع بهذا الإشهاد ما قد يكون من نزاع أو جحود .

وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن صريح من الموكل [3] ، أو تفويض منه ، كأن يقول له : وكلتك بكذا : أو فوضت إليك هذا الأمر .

---

(١) تبيين الحقائق ١٣٢/٢ – ١٣٥ ، الشرح الصغير ٣٧٢/٢ ، مغني المحتاج ١٥٧/٣ ومابعدهـا ، المهـذب ٣٨/٢ ، المغـني ٤٦٢/٦ ومابعدها.

(٢) لأن للمرأة عند الأحناف أن تزوج نفسها فكذلك يصح منها التوكيل .

(٣) وهذا بخلاف الولي المجبر كالأب ، فيجوز لـه أن يوكـل رجـلاً غـيره ليقـوم بـتزويج ابنتـه مـن الرجـل الكفء ، أما الولي غير المجبر فلا يوكل غيره في زواج موليته إلا بإذنها ، وذلك عنـد جمهـور الفقهـاء ، أما الحنابلة : فقد أجازوا توكيله في زواجها بدون إذنها وإن كانت غير مجبرة لأن ولايته مثل الحاكم .

وقد ثبت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قام بدور الوكيل عن زوجين وهو – كما سبق – ما رواه أبو داود في سننه عن عقبة بن عامر أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لرجل : (أترضى أن أزوجك فلانة ؟ قال : نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه] ، ويكون التوكيل بالعبارة أو بالكتابة .

توكيل المرأة :

اختلف الفقهاء في صحة توكيل المرأة البالغة العاقلة في تزويج نفسها :

ذهب جمهور الفقهاء : إلى القول بأن للولي الحق في تزويجها من غير توكيل منها له وإذا كان الأمر يستدعي أخذ رأيها في العقد فلا حاجة الى توكيل منها ، وإنما يحتاج الأمر إلى رضاها فقط .

أما الحنفية : فقد أجازوا توكيلها ، كما يصح من الرجل ، لأن من حقها أن تنشيء العقد ، وما دام ذلك من حقها ، كان من حقها أن توكل عنها من يقوم بإنشائه .

والتوكيل قسمان :

١- مطلق **٢- مقيد**

فالتوكيل المطلق : أن يوكل شخص آخر في تزويجه ، دون أن يعين له امرأة ، ولا مهرا ، كما إذا قال الموكل لوكيله : زوجني ، أو زوجني أية امرأة ، كان للوكيل عند ابي حنيفة أن يزوجه بأية امرأة ، فمقتضى الإطلاق أن يزوجه بأية زوجة ، إلا إذا زوجه الوكيل من ابنته ، أو من في ولايته ، فيكون هذا العقد موقوفا على إجازة الموكل لوجود التهمة .

ويرى الصاحبان أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف فيشترط فيه الكفاءة ، ومهر المثل .

فإذا وكلت المرأة من يزوجها ، فإن زوجها بكفء وبمهر المثل فهو صحيح نافذ ، وإن زوجها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فالزواج فاسد إذا كان لها ولي عاصب لم يرض قبل العقد بغير كفء . وإذا لم يكن لها عاصب كان الزواج موقوفا على إجازتها ، لأن الكفاءة معتبرة في حقها .

أما التوكيل المقيد : بأن يوكل شخص آخر في تزويجه مع التقيد بشخص أو مهر أو بلد أو عائلة الى غير ذلك من هذه القيود مثل أن يقول : زوجني من سعاد البكر الرشيدة على ألف درهم ، وجب على الوكيل أن يلتزم بذلك عند إنشاء الزواج . فإن وافق شروط الوكيل أو خالف الى خير ظاهر نفذ وإلا فالعقد موقوف على إجازة الموكل ، فإن أجاز هذا التصرف نفذ وإلا فلا .

حكم الوكالة بالزواج :

الوكيل سفير ومعبر عن الموكل ، لا يرجع إليه شيء من حقوق العقد ، ولا يطالب بالمهر ولا بالنفقة بمقتضى وكالته . وإنما يطالب بذلك إذا كان ضامناً .

وليس له حق قبض المهر إلا إذا أذن له بذلك المالك صراحة أو دلالة وقبضه يكون بتوكيل آخر غير توكيل الزواج ، وهو التوكيل بقبض المهر .

وقد نصت المادة (٢٢) من مشروع قانون الامارات :

١- [يجوز التوكيل في عقد الزواج .

٢- ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه إلا إذا نص على ذلك في الوكالة] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ١٩ – منه على : [يتولى ولي الأمر المرأة عقد زواجها برضاها] .

ثالثا : الكفاءة في الزواج : [١]

الكفاءة في اللغة : المساواة والمماثلة ، يقال : فلان كفء لفلان أي مساو له ومنه قوله صلى الله عليه وسلم – (المسلمون تتكافأ دماؤهم) [٢] أي تتساوى ، فيكون دم الوضيع منهم كدم الرفيع .

واصطلاحا : مساواة الزوج زوجته في أمور مخصوصة حتى لاتعير هي ولا أولياؤها بزوجها .

وقد ذهب جمهور الفقهاء وهم المذاهب الأربعة وغيرهم إلى اعتبار الكفاءة شرطا – شرط لزوم – في الزواج ، لأن مصالح الأسرة ، ودوام العشرة بين الزوجين ، لاينتظم عادة إلا بين المتكافئين فإذا لم يكن الزوج مساويا لزوجته ، أو أعلى منها منزلة ، استنكفت أن يكون له عليها حق القوامة ولم يكن غالبا محل تقديرها .

وأيضا أولياؤها يعيرون بمصاهرته ، وذلك يحول دون التوافق بينهما .

وتشترط الكفاءة في جانب الزوج فقط ، بمعنى أن يكون متكافئا معها لأنهاتعير بدنائته – كما سبق – ، ولا تشترط الكفاءة في الزوجة لأن العار لايلحقه بخستها ودنائتها .

---

(١) فتح القدير ٤١٧/٢ ومابعدها ، البدائع ٣١٧/٢ ، الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٤٨/٢ ومابعدها ، المهذب ٣٨/٢ ، مغني المحتاج ١٦٤/٣ ، المغني ٤٨٠/٦ ومابعدها ، كشاف القناع ٧١/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٢٩/٧ ومابعدها .

(٢) رواه أحمد والنسائي وأبو داود عن علي – كرم الله وجهه – .

أما غير الجمهور : ومنهم الثوري ، والحسن البصري ، والكرخي من الحنفية ، - فلا يعتبرونها - وليست شرطا أصلا عندهم ، بمعنى أنها ليست شرط صحة ولا شرط لزوم ، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفئا للزوجة أم غير كفء ، وقد استدلوا بما يأتي :-

بالسنة والمعقول :

أولاً : السنة : قوله - صلى ا لله عليه وسلم -(الناس سواسية كأسنان المشط ، لافضل لعربي على أعجمي ، إنما الفضل بالتقوى) (١) . فهذا الحديث يدل على المساواة المطلقة وعلى عدم اشتراط الكفاءة ، ويدل على هذا المعنى قوله سبحانه : ﴿ إن أكرمكم عند ا لله أتقاكم ﴾ .

ورد على هذا بأن المعنى أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات ، وأنهم لايتفاضلون ألا بالتقوى ، أما ماعدا ذلك من الاعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الناس وعادتهم ، فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها ، فهناك التفاضل في الرزق :

﴿ وا لله فضل بعضكم على بعض في الرزق ﴾ (٢) وكذلك التفاضل في العلم ، وهو يقتضي التكريم ﴿ يرفع ا لله الذين أمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات (٣) .

---

(١) أخرجه ابن لال بلفظ قريب عن سهل بن سعد [الناس كأسنان المشط ، لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى] سبل السلام ١٢٩/٣ .

(٢) النحل / ٧١ .

(٣) المجادلة / ١١ .

وسيظل الناس يتفاوتون في مراكزهم الأدبية ودرجاتهم الاجتماعية ، وهذا مقتضى الفطرة الانسانية ، والشريعة لاتصادم الفطرة وأعراف الناس وعاداتهم التي لاتخالف أصول الدين ومبادئه .

ثانياً : المعقول : قالوا بأن الدماء متساوية في الجنايات ، لذلك يقتل الشريف بالوضيع ، والعالم بالجاهل ، فيقاس على ذلك عدم الكفاءة في الزواج ، فإن كانت الكفاءة غير معتبرة في الجنايات ، فلا تكون معتبرة في الزواج من باب أولى .

ورد على ذلك بأنه قياس مع الفارق ، لأن التساوي في القصاص في مسائل الجنايات ، إنما هو مطلوب لمصالح الناس وحفظ حقهم في الحياة ، حتى لايتجرأ ذو الجاه أو النسب على قتل من هو أقل منه .

أما الكفاءة في الزواج فهي لتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة مع المودة والألفة بينهما ، ولا تتحقق هذه المصالح إلا باشتراط الكفاءة .

دليل الجمهور : (١) . استدل الجمهور على أن الكفاءة شرط للزوم عقد الزواج وليس شرط صحة ، بالآتي : بالسنة والمعقول :-

أولا : السنة :

١- روى الترمذي عن علي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال له : [ثلاث لاتؤخر الصلاة إذا أتت ، والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وجدت لها كفءًا (٢)] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٧/٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٢) نيل الأوطار ٦/١٢٨ .

٢- وقوله – صلى الله عليه وسلم – (إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه ، فانكحوه ، إلا تفعلوه ، تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) [١] .

٣- عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة الى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ، قال : (فجعل الأمر إليها ، فقالت: قد أجزت ماصنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء) [٢] .

فهذه الأحاديث – وغيرها كثيرا – تدل على اعتبار الكفاءة في الزواج ، وإن كان بعضها ضعيفا . فقد قال الكمال بن الهمام [٣] . إن هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضا . لذلك تصبح حجة بتضافرها ، ولهذا ترتفع إلى مرتبة الحسن .

ثانياً : المعقول :

وهو أن انتظام مصالح الزوجين لن يكون عادة إلا إذا كان هناك تكافؤ بينهما ، لأن المرأة التي تكون ذات حسب ونسب تأبى أن تعيش مع من هو أقل منها ، فلا بد إذا من إعتبار الكفاءة من جانب الرجل ، حتى تستقيم الحياة وتستقر ، ولا تعتبر من جانب المرأة ، لأن الرجل لايتأثر عادة بهذا ، ومعلوم أن العادة والعرف لهما سلطان قوى وتأثير كبير على الزوجة ، بمعنى أن الزوج إذا لم يكن كفئاً لها ، لن تستمر هذه الرابطة الزوجية ، ولن يكون للزوج – صاحب القوامة – تقدير واهتمام . وكذلك بالنسبة لأولياء المرأة فهم يأنفون من مصاهرة من لايناسبهم في دينهم وجاههم

---

(١) رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب – نيل الأوطار ١٢٧/٦ .

(٢) نيل الأوطار ١٢٧/٦ . (٣) فتح القدير ٤١٧/٢ ومابعدها .

ونسبهم ، ثم إنهم يعيرون به ، ومن هنا تختل روابط الزوجية وتضعف ، ولن تتحقق الأهداف السامية لهذه العلاقة ، ولا الثمرات المرجوة منها .

وهذا هو الرأي المعمول به في كثير من البلاد الاسلامية كمصر وسوريا وليبيا .

متى تعتبر الكفاءة ؟

تعتبر الكفاءة عند إنشاء عقد الزواج ، بمعنى أنه متى كانت أمور الكفاءة محققة وقت إنشاء العقد فلا ضرر بزوالها بعد ذلك ، كما إذا تعيب المبيع عند المشتري ، فلو كان الزوج صاحب حرفة شريفة ثم صار إلى حرفة دنيئة ، أو كان قادرا ماليا ثم أعسر ، فلا أثر لهذا في صحة العقد ، لأن الأمور بالنسبة للناس لاتستمر على حال واحد ، وليس من الوفاء أن يترك للمرأة وأوليائها أمر الخيار في الابقاء على الزوجية إذا تعرضت حال الزوج لنكبات الدهر فاحترف المهن الحقيرة وذل بعد أن كان عزيزا ولكن الانسانية تقضي أن ترضى المرأة على هذا التغيير وتصبر .

صاحب الحق في الكفاءة :

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة من حقوق الزوجة والأولياء معا ، بمعنى أنه يجوز لكل منهم أن يسقط حقه فيها ، لكن إسقاطه لحقه لايترتب عليه إسقاط حق الآخر .

فإذا حدث وبادرت المرأة بزواجها من غير كفءكان لوليها حق الاعتراض عليها ، والمطالبة بفسخ هذا العقد ، لعدم رضاه بهذا الزوج الغير كفء .

وكذلك الحكم في حالة ماإذا زوجها الولي برجل لايكافئها ، فإن من حقها أن تعترض على هذا الزوج غير المتكافيء ، وكان إذا من حقها فسخ هذا الزواج ، وواضح

أنه يجوز لهما التنازل عن هذا الحق ، ولكن ليس لهما أولأحدهما حق طلب الفسخ بعد التنازل عن شرط الكفاءة .

وهذا الحق ثابت للأولياء حسب ترتيبهم في قوة القرابة فإذا رضي الولي الأقرب فليس لمن بعده حق الاعتراض .

وإذا تعدد الأولياء كالأخوة الأشقاء للمرأة التي يراد التزوج منها ، ورضي البعض باسقاط هذه الكفاءة ولكن البعض الآخر لم يرض بإسقاطها ، كان هذا الرضا للبعض مسقطا لحق الآخرين في الاعتراض على هذا الزواج والمطالبة بالفسخ وهذا ماذهب إليه أبوحنيفة ومحمد لأنه حق لايقبل التجزئة ، فيكون إسقاط بعضه إسقاطا للكل ، قياسا على حق القصاص الذي يثبت لجماعة ، فلو حدث وأسقطه البعض سقط بالنسبة للآخرين فلا يكون من حقهم المطالبة به .

الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة :-

اختلف جمهور الفقهاء القائلون باشتراط الكفاءة في عقد الزواج في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة .

١- فقد ذهب الإمام مالك إلى أنها تكون في الدين فقط ، وقيل : إنها تكون في أمرين اثنين : الدين والحرية .

٢- ويرى الإمام أحمد اعتبارها في أمور أربعة وهي : الديانة ، والحرفة ، والنسب ، والحرية .

٣- ويرى الشافعية أنها تكون في خمسة أمور: الدين ، والنسب ، والحرية ، والحرفة ، والاسلام . وزاد عليها بعض المتأخرين من علماء الشافعية تقارب الزوجين في السن ، بحيث لايكون الشيخ الهرم متكافئا للفتاة الشابة ، إلا أن هذا الرأي غير

معتد به عند علماء الشافعية .

٤- ذهب الحنفية إلى اعتبارها في ستة أمور : النسب ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة والحرفة .

١- النسب : هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد وهو معتبر بالنسبة للعرب دون غيرهم لجريان التفاخر بالنسبة لهم بالأنساب والأحساب ، فالعجمي لايكون متكافئا للعربية ، وليس كل العرب سواء بل بعضهم أكفأ من بعض ، فالقرشية لايكافئها إلا قرشي ، والقرشي كفء لكل عربية ، وسائر العرب بعضهم أكفاء بعض . وقد استندوا في ذلك الى قوله – صلى الله عليه وسلم – [العرب بعضهم أكفاء لبعض ، قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، إلا حائك أو حجام] (١) .

وقوله – صلى الله عليه وسلم – [خياركم في الجاهلية خياركم في الإسلام إذا فقهوا] (٢).

وقوله – صلى الله عليه وسلم – [إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل ، واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم ، واصطفاني من بني هاشم ....] (٣) .

فهذه الأحاديث تدل على كفاءة العربي للعربية دون العجمي ، وتدل على كفاءة القرشي للقرشية .

٢- الإسلام : والمقصود به هنا إسلام آباء الزوج وأجداده ، لأنه من المعلوم أن المسلمة لاتحل لغير المسلم وهو – الإسلام – معتبر في حق غير العرب ، لأنهم

---

(١) نصب الراية ١٩٧/٣ (٢) نيل الأوطار ١٢٩/٦ .

(٣) مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي ٨٥/٥ .

يتفاخرون بالإسلام ، وعلى هذا ، إذا كان لها أبوان في الإسلام لايكافئهـا مـن لـه أب واحد في الإسلام ، وهذا ماذهب إليه أبو حنيفة ومحمـد ، وهـو كـفء لهـا عنـد أبـي يوسف ، لأن عنده التعريف يكون بالأب فقط ، ولكن عند أبي حنيفة ومحمـد بـالأب والجد معاً .

٣- الحرية : فلا تُزوج حرة بعبد لأن الرق نقص فيه وهو لايملك التصـرف في شأنه كله ، ولا شك أن الرق جالب للعار على صاحبه ، والعتيق لايكون متكافئا لحرة الأصل ، ومن كان جده رقيقا لايكون متكافئا لمن كان جدها حرا .

٤- المال : والمراد به هنا يسار الزوج بحيث يستطيع أن يدفع مـاهو واجـب عليه من مهر ونفقة ، لأن هذا هو القدر المطلوب .

وروي عن أبي يوسف أن الشرط هنا القدرة على عاجل صداقها والإنفاق ومتـى كان كذلك كان كفئا لها ، وأما المهر ككل فقد يكون قادرا عليه بقدرة آبائه وأقاربه ثـم لاتنتظم الحياة الزوجية بعد ذلك حينما يظهر عجـزه عـن مطالبهـا ويفتضـح أمـره فـلا اعتبار بالقدرة عليه .

ويرى بعض الفقهاء - منهم الحنفية في غير الظاهر عندهـم - أن مـن الكفـاءة الغني والثراء ، بمعنى أن يكون الزوج في ثراء قريب من ثراء الزوجة ، أما الأصح عنـد الحنفية أن هذا النوع من الكفاءة لايعتبر .

وأعتقد أن التقارب بين الزوجين في الثراء محمـود العاقبـة وأمـر مرغـوب فيـه لكبح جماح النفس البشرية عن التفاضل في هذا الأمر وعدم التعالي بسـلطان المـال ، إذاً لا حرج أن نقول باعتباره حتى لاتطغى قوامة المال على قوامة الرجال .

٥- الديانـة : والمراد بهـا الصلاح والاستقامة ، فـلا يكـون الفاسـق كفئـا للصالحة ، بل كفئاً للفاسقة ، وهذا ماذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف .

وقال محمد [١] . لاتعتبر الديانة لأنها من أمـور الآخـرة ، فـلا تبنـى عليهـا أحكـام الدنيا ، فكم من فاسق له بين الناس مكانة ومنزلة .

ودليل الشيخين قوله سبحانه ﴿ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لايستوون ﴾ [٢] .

وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – [إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ...] [٣] .

٦- الحرفة : المراد بها كل عمل يزاولـه مـن أجـل الحصـول علـى رزقـه مـن صناعة أو وظيفة ، ومعنى الكفـاءة فيهـا أن تكـون حرفـة الـزوج مسـاوية لحرفـة أبـي الزوجة وهذا ماذهب اليه الصاحبان . ويرى أبو حنيفة عدم اعتبارها في الكفـاءة إلا إذا كانت في منتهى الحقارة .

بعد الحديث عن الأمور التي تعتبر في الكفاءة ، وبيانها كما ذهب إليه الأئمـة الأربعة ، والحديث عنها تفصيلا كما ذهب اليه الحنفية ، أوضح الآتي :

(أ) إن ما ذهب إليه المالكية من اعتبار الدين والحرية في الكفاءة هـو الراجح وذلك لأن الحاديث التي استدل بها الجمهور – كما أشرت سابقا – كثير منها يتصف بالضعف والدليل القوي عندهم هو المعقول الذي يعتمد على العرف ، والعرف كثيرا مـا يتغير بين الناس كما هو حادث في عصرنا الآن من عدم النظر الى الكفاءة ، وأصبح مبدأ

---

(١) تستثني حالة واحدة عند محمد وهي إذا كان الرجل يجاهر بفسقه ويخرج إلى الشارع سكراناً يضك منه الناس ، هنا لايكون كفئاً للمرأة المتدينة فتح القدير ٢/٤٢٢ .

(٢) السجدة / ١٨ .   (٣) نيل الأوطار ٦ / ١٢٧ .

المساواة هو الأساس في التعامل ، أما المعاني القبلية والتمييز الطبقي بين الناس ، لم يعد موجودا الآن في كثير من الأحيان ، إن لم يكن في جميع الأحيان .

(ب) والسنة الصحيحة تشهد بذلك ، فقد زوج النبي – صلى ا لله عليه وسلم – زيد بن حارثة بنت عمته – زينب – وهو غير عربي ، وهي العربية القرشية . وكذلك أشار النبي – صلى ا لله عليه وسلم – على فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد ، وهي قرشية وأسامة مولاه وابن مولاه .

(جـ) ومن باب الأفضلية يضاف إلى ما ذهب إليه المالكية اعتبار المال ، فإن الواقع يوضح لنا في كثير من الأحيان ، إن لم يكن في جميع الأحيان أن المرأة إذا كانت صاحبة ثراء والرجل غير ذلك فإن القوامة هنا تنعدم بالنسبة للرجل ، ويكون في هذه الحالة مُسيراً غير مُخير ، أما إذا حدث التوافق والإنسجام مع عدم ثراء الرجل مع وجود ثراء المرأة فلا مانع .

وبهذا يكون ما ذهب إليه المالكية من اشتراط التدين والحرية هو الأولى بالأخذ به .

وقد استثنى الفقهاء حالتين لشرط الكفاءة في جانب الزوجة :

١- إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير أصله أو فرعه ، أو زوجه من عُرف بسوء الاختيار من أصله أو فرعه ، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة كفئاً له احتياطا لمصلحة الصغير ومن في حكمه .

٢- إذا وكل الرجل عنه من يزوجه إمرأة غير معينة – توكيلا مطلقا – فإنه يشترط لنفاذ هذا العقد أن تكون الزوجة كفئاً للموكل ، وهذا هو مذهب الصاحبين وعليه الفتوى .

ويرى أبو حنيفة نفاذ عقد الوكيل على موكله ، إذا كانت الوكالة مطلقة .

ومشروع قانون الإمارات قد نص على الكفاءة في المواد من : (٢٩) الى (٣٢) ونصها كالآتي :

[١- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئاً للمرأة وقت العقد فقط ، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة .

٢- ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعد] .

ونصت المادة -٣٠- منه على الشروط التي يجب أن تتوافر في هذه الكفاءة :
[العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً ، وبتقاربه في الحرفة مكانة ، وبقدرته على الإنفاق ولو بالتكسب ، والمرجع في تقارب الحرفة لعرف البلد] .

وأوضحت المادة - ٣١ - صاحب الحق في الكفاءة وهي على النحو التالي :

[١- الكفاءة حق لكل من المرأة ووليها كامل الأهلية .

٢- والولي في الكفاءة هو : الأب ثم الجد الصحيح ، ثم الأخ الشقيق دون سواهم .

٣- وليس للأبعد من هؤلاء الأولياء حق الاعتراض على الكفاءة إلا عند عدم الأقرب أو نقص اهليته] .

ومشروع مجلس التعاون قد نص في المادة - ٢٠ - على الآتي :

[أ - الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي .

ب- تراعى الكفاءة حين العقد ويرجع في تقديرها الى العرف] .

وبهذا نرى أن المشروعين قد اتفقا فيمن له حق الكفاءة ، وكذلك في وقتها .

ونرى أن المادة – ٢١ – من مشروع قانون الإمارات قد تحدثت عن فارق السن بين الزوجين فجاء بها : [لا يجوز بغير إذن المحكمة عقد زواج من جاوز الستين إذا كان فرق السن بين طرفيه يتجاوز نصف عمر الأكبر منهما ، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا إذا كان فيه مصلحة استثنائية ظاهرة] .

المبحث الثامن
" في حقوق الزوجة على زوجها "

للزوجة على زوجها حقوق : هذه الحقوق إما أن تكون مالية كالمهر والنفقة ، وإما أن تكون غير مالية ، كحسن المعاشرة ، وسوف يكون الحديث عن هذه الحقوق تفصيلاً بادئاً بالمهر ، لأنه أهم هذه الحقوق ، ثم النفقة لأنها تليه في الأهمية .

المهر : اسم للمال الذي تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء بشبهة .

وهذا المهر [1] يجب بالعقد في الزواج الصحيح ، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، فإذا تم عقد الزواج صحيحا وجب المهر بمجرد تمام العقد ولم لم يعقبه دخول ، بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها ، وكذلك يجب بالخلوة الصحيحة إذا تمت بعد هذا العقد .

وأما اذا كان العقد فاسدا ، كمن تزوج بغير شاهدين ، فلا يجب المهر على الزوج بمجرد هذا العقد الفاسد ، وإنما يجب إذا حصل دخول حقيقي بمن دخل عليها .

وهو له مكانة سامية – أي المهر – في عقد الزواج .

١– فهو حق ظاهر للزوجة تقديرا لشأنها ومنزلتها ، وتطييبا لخاطرها ، لذلك كان من حقها أن تطالبه برفعه إلى مستواها ، بمعنى أن يكون مهرها مهر مثيلاتها وهذا يكون إذا كانت عاقلة بالغة رشيدة ، وإذا رضي الولي بأقل منه فقد

---

(١) ويسمى باسماء متعددة منها : ١- الصداق ٢- الصدقة ٣- النحلة ٤- الأجر ٥- الفريضة . العناية بهامش فتح القدير ٤٣٤/٢ ، الدر المختار ورد المحتار ٤٥٢/٢ ، الشرح الصغير ٤٢٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٠/٣، كشاف القناع ١٤٢/٥ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة والقانون ١٧٩ ومابعدها .

أسقط حقه في الزواج بمهر المثل ، وإسقاط حقه لا يترتب عليه إسقاط حقها .

٢- وهو حق للأولياء فلا يصح لواحد منهم أن ينزل به عن مستوى قريناتها ولهم حق المحافظة على اتمامه إلى مهر المثل أو طلب فسخ العقد .

٣- وهو حق للشارع أيضا بمعنى أنه سبحانه قد جعله نحلة لها لا تصح أن تتزوج بدونه ، ولا يصح أن ينقص عن عشرة دراهم - كما ذهب الحنفية إلى هذا - لأنه حد وضعه الشارع ، فإن إتفق الطرفان على أقل منها وجبت العشرة ، وكذلك لو اتفق الزوجان على الزواج بدونه ، فإنه يجب للمرأة مهر المثل ولا يصح شرعا أن يسقط .

وليس معنى كونه واجبا شرعاً أن العقد يتوقف عليه أو لا يصح بدونه ، بل إنه أثر من آثار العقد لأن الله سبحانه أباح للأزواج أن يطلقوا النساء قبل الاتفاق على المهر وفرضه اذ يقول سبحانه : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة** ﴾ (١) فقد أوضحت الآية الكريمة نفى الاثم عن الزوج الذي طلق زوجته قبل الدخول وقبل أن يسمى لها مهرا ، والطلاق لا يكون إلا بعد الزواج ، إذا يكون العقد على المرأة من غير ذكر للمهر صحيحا ، لصحة الطلاق بعده كما دلت الآية الكريمة ، ولو كان المهر ركنا أو شرطا في العقد لما صح بدونه (٢) .

الدليل على وجوب المهر :

استدل الفقهاء على وجوبه بالكتاب والسنة والإجماع .

---

(١) البقرة / ٢٣٦ .

(٢) البدائع ٢٧٤/٢ ، بداية المجتهد ٢٥/٢ ، الشرح الصغير ٤٤٩/٢ ، المهذب ٥٥/٢ - ٦٠ ، مغني المحتاج ٢٢٩/٣ ، كشاف القناع ١٤٤/٥ - ١٧٤ .

أما الكتاب : فقوله سبحانه ﴿ وآتو النساء صدقاتهن نحلة ﴾ [1] وقوله سبحانه : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذالكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ﴾ [2] فقد أمر الحق سبحانه : الأزواج بتقديم المهر لزوجاتهم ، وهو سبحانه وتعالى قد وصفه في الآية الأولى : بأنه نحلة ، والمراد بها عطية من ا لله للنساء بدون مقابل ، ووصفه سبحانه في الآية الثانية بأنه فريضة : أي أمر مفروض وواجب ، بهذا يكون المهر واجبا للزوجة بنص الكتاب الكريم .

وأما السنة : فقد ورد أنه – صلى ا لله عليه وسلم – قال لرجل أراد الزواج من امرأة :

[التمس ولو خاتما من حديد] [3] .

وكذلك نرى أنه – صلى ا لله عليه وسلم – تزوج وزوج بناته على المهر ، ولم يتركه في النكاح مع أنه سبحانه وتعالى أباح له الزواج بدون مهر .

وأما الإجماع : فقد أجمع الصحابة ومن بعدهم على وجوب المهر .

حكمة التشريع :

ا لله سبحانه أوجب المهر ، إظهاراً لعظمة وخطر عقد الزواج ، وتقديراً للمرأة ورفعا لمكانتها ، واعترافا بحق العشرة ، وللعمل على دوام رابطة الزوجية لأن الزوج إذا دفع مهراً لا يتسرع في إنهاء عقد الزواج ، لأن المال أعز شيء في الحياة فيتمسك بها ويلجأ إلى طرق الصلح والمودة .

---

(١) النساء / ٥ . (٢) النساء / ٢٤ .

(٣) الموطأ ص ٣٢٦ .

ولذلك جعله الله سبحانه على الرجل لما لـه من القوامة عليها بنص الآية الكريمة :

[الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ..] [(1)] .

وإذا كانت القوامة للرجل عليها ، فيجب عليه أن يقدم لها ما يجعلها ترضى بهذه القوامة عن طيب نفس منها ، وتشعر بأنها المعززة المكرمة .

وكانت القوامة للرجل ، لأن طبيعة الرجل هو الذي يكسب المال والمرأة لها من الأعمال ما يناسبها ، فهي صالحة لإدارة شئون بيتها .

كما أن قيام الرجل بدفع المهر إلى الزوجة علامة على الإخلاص ، وأكبر دليل على إظهار المودة ، وإنه يريد الإستقرار والدوام .

ونصت المادة - ٤٢ - من مشروع قانون الامارات على أنه : [يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح] ، ونصت المادة ٣٥ من مشروع دول مجلس التعاون في فقرتها (ب) على الآتي [يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول ، أو الخلوة الصحيحة ، أو الوفاة] .

ما يصح أن يكون مهراً :

جعل الشارع المهر في عقد الزواج - كما سبق - لتطييب نفس الزوجة واشعارها بالسعادة ، وقد اشترط الفقهاء فيما يصلح له : أن يكون مالاً متقوماً معلوماً ، نقداً كان أو منقولاً ، قيمياً أو مثلياً ، أو كان منفعة تقوم بمال .

---

(١) النساء / ٣٤ .

والمال : ما يمكن حيازته والانتفاع به انتفاعاً عادياً ، فلا يصلح أن يكون شيئاً حقيراً كحفنة من تراب ، أو حبة من أرز ، أو خمر أو خنزير .

كما لا يصح أن يكون مجهولاً جهالة فاحشة تؤدي إلى الشقاق والخصام ، مثل أن يقول الزوج : المهر سيارة بدون أن يبين نوعها ومواصفاتها التي تميزها عن غيرها ، وأما إذا كانت الجهالة يسيرة مثل أن يتزوج الرجل المرأة على خمسين أردبا من القمح بدون أن يبين نوع هذا القمح ، ومعلوم أن أنواعه كثيرة متعددة لكنها تعتبر جهالة يسيرة ، فلا يرى الشارع حرجاً في قبول المهر معها لأن أمور النكاح مبنية على المسامحة والمساهلة دون سائر المعاوضات فإنها مبنية على المضايقة والمماسكة .

ولو سمى لها منفعة دار أو أرض ففي ذلك خلاف مبني على خلاف آخر هو أن المنافع مال أو ليست بمال ؟ .

فمن لم يعترف بماليتها لم يجز أن تكون مهراً ، ومن قال أنها مال أجاز جعلها مهراً غير أنه اشترط ألا يكون في هذه المنفعة امتهان لكرامة الزوج وقلب للموضوع كما إذا تزوجها على أن يقوم بخدمتها سنة إذ كيف تستقيم الحياة الزوجية ومقتضى عقدها أن تكون المرأة في خدمة زوجها طائعة لأمره فيصبح خادما لها متمثلا لأمرها بموجب هذا الشرط .

أما أن تكون المنفعة للمرأة هي تعليمها بعض القرآن أو الحديث أو صنعة مثلاً فهذا يصح على قول من يجعل المنافع مالا .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة – ٤٣ – من مشروع قانون الامارات على أنه : [يصلح أن يكون مهراً كل ما يصح التزامه شرعاً ، مالاً كان أو عملاً ، أو منفعة مما لا ينافى كرامة الزوج وقوامته في الأسرة] .

ونصت المادة – ٣٣ – من مشروع دول مجلس التعاون على أن : [كل ما صح التزامه شرعا صح أن يكون مهراً] .

وبهذا نرى أن المعنى واحد في كلا المشروعين وإن كان في مشروع الإمارات أشمل .

مقدار المهر :

ليس للمهر حد أعلى باتفاق الفقهاء [١] ، لانه لم يرد في الشرع ما يدل على تحديده بحد أعلى لقوله سبحانه : ﴿ .. **وآتيتم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً** ﴾ [٢] .

وقد نبهت امرأة عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – بهذه الآية ، حينما أراد تحديد المهور ، فنهى أن يزاد في الصداق على أربعمائة درهم ، وخطب الناس فيه فقال [٣] : [لا تُغْلوا في صداق النساء ، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى في الآخرة ، كان أولاكم بها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ما أصدق قط إمرأة من نسائه ولا بناته فوق اثنتي عشرة أوقية فضة – فمن زاد على أربعمائة شيئا ، جعلت الزيادة في بيت المال ، فقالت له أمرأة من قريش بعد نزوله من على المنبر : ليس ذلك اليك يا عمر ، فقال : ولم ؟ قالت : لأن الله تعالى يقول : ﴿ .... **وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا** ﴾ فقال عمر : إمرأة أصابت ورجل أخطأ . وروى أبو يعلى في الكبير : فقال : اللهم عفوا ، كل الناس

---

(١) البدائع ٢٨٦/٢ ، الدر المختار ٤٥٢/٢ ومابعدها ، المهذب ٥٥/٢ ، كشاف القناع ١٤٢/٥ ، القوانين الفقهية ٢٠٢

(٢) النساء / ٢٠ .

(٣) رواه أبو داود والترمذي وغيرهما – نيل الأوطار ١٦٨/٦ .

أفقه من عمر ، ثم رجع فركب المنبر فقال : أيها الناس ، إنى كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم ، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب [1] .

أما الحد الأدنى : فقد اختلف الفقهاء في مقداره .

فذهب الحنفية : إلى أن أقل المهر عشرة دراهم أو ما يساويها ، ولا يصح نقصانه عن هذا القدر ، ودليلهم في ذلك ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال : [لا مهر أقل من عشرة دراهم] وقد روى هذا المقدار عن عمر وعلى وعبدالله بن عمر ، ورأى بعض المحدثين أن في سند هذا الحديث ضعفاً ، ولكنه روى من طرق متعددة والضعيف إذا روى من طرق يصير حسناً يحتج به – ذكره النووى في شرح المهذب – .

وقاسو – الحنفية – على نصاب السرقة : وهو ما تقطع به يد السارق فإنه عندهم دينار أو عشرة دراهم ، وكان هذا التقدير – أي للمهر بهذا القدر – لمكانة المرأة – فيقدر المهر بما له أهمية .

وقد قالوا في حديث : [التمس ولو خاتما من حديد] بأنه محمول على المعجل ، لأن العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول ، وقد منع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – علياً أن يدخل بفاطمة – رضى الله تعالى عنها – حتى يعطيها شيئا ، فقال : يا رسول الله : ليس لى شيء فقال : اعطها درعك ، فأعطاها درعه .

وذهب المالكية : إلى القول بأن أقل المهر ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة ، أو ما قيمة ذلك ، قياساً على نصاب السرقة عندهم وكذلك ما رواه أنس أنه – صلى الله عليه وسلم – رأى على عبدالرحمن بن عوف أثر صفرة فقال :

---

(١) مجمع الزوائد ٢٨٣/٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته أ . د/ وهبة الزحيلي ٢٥٥/٧ ، ٢٥٦ .

ما هذا ؟ قال : تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال : (بارك الله لك أولم ولو بشاة] [1] .

وكذلك فإن نصاب السرقة عندهم هو هذا المقدار ، وقد قدرت النواة من الذهب المشار إليها في الحديث - بربع دينار ، لهذا لا يصح أن يقل المهر عن هذا المقدار .

وذهب الشافعية والحنابلة : الى القول بأنه لا حد لأقل المهر ، بل كل ما جاز أن يكون ثمنا ، أو أجرة جاز أن يكون مهراً ، لقوله تعالى : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذالكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين** ﴾ [2] . فكل ما يسمى مالا ، قل أو كثر صحت تسميته مهراً ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم - [التمس ولو خاتما من حديد] .

ومعلوم أن الخاتم من حديد لا يساوي عشرة دراهم ولاثلاثة وقوله - صلى الله عليه وسلم : [لو أن رجلا أعطى امرأة صداقاً ملء يديه طعاماً كانت له حلالاً] [3] .

والذي أميل إليه وأرجحه هو ما ذهب إليه الحنفية ، لخطر عقد الزواج وأنه محترم فيجب أن يكون المهر ذا قيمة والقدر الذي حدد عندهم هو أقل شيء ويمكن الذهاب اليه ، وأما الحديث الذي استدلوا به وضعفه بعض العلماء فقد روى - كما سبق - من طرق متعددة تقويه ، وأما الأحاديث المذكورة سابقا التي لا تجعل للمهر حدا أدنى فهي محمولة - كما سبق - على أنه المهر المقدم .

ولكن يسن عدم المغالاة في المهر لقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة] [4] .

---

(1) نيل الأوطار ١٦٨/٦ . (2) النساء / ٢٤ . (3) نيل الأوطار ١٦٨/٦ .

(4) رواه أحمد عن عائشة - نيل الأوطار ١٦٨/٦ - وفيه ضعف .

وروى أبو داود عن عقبة بن عامر : [خير الصداق أيسر] وقد صححه الحاكم .

والحكمة ظاهرة في عدم المغالاة في المهور وهي تيسير الزواج للشباب ، حتى لا ينصرفوا عنه، وإذا انصرفوا عن الزواج فهناك من المفاسد الخلقية والإجتماعية الكثير .

وقد نصت على هذا الفقرة الأولى من المادة – ٤٣ – من مشروع قانون الإمارات : [لا حد لأقل المهر ولا لأكثره] .

وواضح أن مشروع القانون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة في أن المهر لا حد لأقله .

أنواع المهر :

المهر نوعان :

١– **المهر المسمى :** وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح ، أو فرض بعده بالتراضي .

وواضح ان هذا المهر – المسمى – يجب أن يتحقق فيه شرطان :

أ– أن يكون العقد صحيحاً : بمعنى أنه لو كان فاسداً لا يجب المهر بالعقد لذاته ، حيث إنه لا يبيح لهما الاستمتاع ، فإذا ما حدث – وعصى ربه – ودخل بزوجته بناء على هذا العقد وجب عليه هنا أن يدفع الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، وهذا ما ذهب إليه أبوحنيفة وصاحباه ، ومهر المثل بالغا ما بلغ على رأي زفر ، لأن تسميته هنا قد فسدت بفساد العقد فيرجع إلى مهر المثل .

ب- أن تكون التسمية صحيحة : بمعنى أن تكون بمال متقوم معلوم ، أو منفعة معلومة تقابل بمال - كما سبق - .

أما إذا كانت التسمية غير صحيحة ، فلا يجب المهر المسمى ، ويجب للزوجة هنا مهر مثلها لأن التسمية لما فسدت ، وجب أن نرجع إلى مهر المثل .

٢- **مهر المثل** : وهو مهر إمرأة من قوم أبيها ، كأختها وعمتها ، فإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها ، اعتبر مهر المثل بمهر إمرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها .

والمماثلة تكون في الصفات التي يحبها الناس ، ويتغير المهر على حسبها ، مثل العقل والجمال والمال والسن ...

ويجب مهر المثل في حالات ثلاث :

أ- إذا لم يسميا مهراً وقت العقد ، بأن صدرت الصيغة : زوجيني نفسك بدون ذكر للمهر ، فتقول المرأة : قبلت ، أو تقول المرأة : زوجتك نفسي ، فيقول الرجل لها : قبلت ، ففي هذه الحالة يجب مهر المثل . وقد ثبت أنه - صلى ا لله عليه وسلم - : [قضى في بروع بنت واشق الأشجعية حينما مات زوجها ولم يكن قد سمى لها مهراً ، بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط] [1] .

فقد دل هذا الحديث على وجوب مهر المثل للمرأة إذا لم يكن قد سُمي عند عقد الزواج .

ب- إذا اتفق الزوجان على نفى المهر : فالواجب في هذه الحالة مهر المثل ،

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ١٧٧/٣ .

لأن العقد هنا – مع نفى المهر – صحيح ، لأن المهر ليس ركنا ولا شرطا فيصح بدونه ، وهذا الشرط فاسد ، وفساد الشرط لا يعود على العقد بالبطلان ، وإنما يفسد الشرط ويبقى العقد صحيحاً .

جـ- إذا سمى المهر عند العقد تسمية غير صحيحة ، كأن كان المسمى لا يعتبر مالاً – في الاسلام – كالخمر والخنزير ، أو مالاً غير أنه لا ينتفع به ، أو كان شيئا مجهولاً جهالة فاحشة ، ففي هذه الأمور يكون الواجب مهر المثل وتلغى التسمية غير الصحيحة .

وقد نصت المادة (٤٤) من مشروع قانون الإمارات على ما يأتي :

[١- إذا سُمي في العقد مهر تسمية صحيحة وجب للمرأة ذلك المسمى .

٢- واذا لم يسم لها في العقد مهر ، أو سمى تسمية غير صحيحة ، أو نفي أصلا ، وجب لها مهر المثل] . ومشروع دول مجلس التعاول لم يتعرض لنوعي المهر – المسمى ومهر المثل – .

ويتضح من هذا أن مشروع الإمارات في هذه المادة قد ذهب إلى ما ذهب إليه الفقهاء بالنسبة لنوعي المهر .

متى يجب المهر كله :

المهر يجب بالعقد الصحيح ، ولكن وجوبه لا يكون مستقراً وثابتاً بل يكون قابلاً للسقوط كله أو شطره ، إذا لم يوجد ما يؤكده ، فإذا حصل المؤكد صار المهر غير قابل للسقوط ، وكذلك يتأكد المهر للمرأة بالدخول بالعقد الفاسد ، لأن العقد الفاسد وحده لا يوجب حكماً شرعياً ، وإنما الذي يوجب الدخول بالعقد الفاسد ، فتجب

بعض الأحكام ومنها وجوب المهر كما مر ومؤكدات المهر في العقد الصحيح بواحد من ثلاثة :-

أولها : الدخول الحقيقي .

ثانيها : الموت .

وثالثا : الخلوة الصحيحة .

أما **أولها : فالدخول الحقيقي** : يؤكد المهر سواء أكان مهر المثل أم كان المسمى ، وسواء أكانت التسمية وقت العقد أم كانت بعده ، فإن حصل دخول لا يسقط من المهر شيء لأن النصوص التي وردت في إسقاط المهر قيدت بحصولها قبل الدخول ، وبالدخول قد استوفى الزوج حقه ، ومعلوم أن الدخول بالعقد الفاسد يوجب المهر وهو غير قابل للسقوط ، فكان من باب أولى أن يؤكده - الدخول - في النكاح الصحيح ويجعله غير قابل للسقوط ، والمهر إذا تأكد للزوجة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، لقوله سبحانه : ﴿ **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا .وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا** ﴾ (١) .

فقد نصت الآية الكريمة على أن الدخول بها ، لا يجوز لزوجها أن يأخذ من مهرها شيئا لقوله سبحانه : [وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض] .

وأما **ثانيها : فالموت** : فإذا مات أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة فقد ثبت المهر كله ، سواء أكان الموت طبيعيا ، أو بقتل أجنبي لأحدهما أو

---

(١) النساء / ٢٠ ، ٢١ .

بقتل الزوج زوجته أو بقتل الزوج نفسه ، فكل هذا يؤكد المهر ولا خلاف عليه بين الفقهاء . ولكن ما الحكم لو أن الزوجة قتلت زوجها أو نفسها قبل الدخول ؟

فمذهب الحنفية على أن المهر يتأكد بالموت أيا كان طريقه ، لأن المسقط لابد أن يكون في حال الحياة فإذا انتهت بدون إسقاط فلا يسقط وإنما يتأكد ، ويخالف زفر في هذا حيث يقول : إن المهر كله يسقط بقتل الزوجة لنفسها ، لأنها فوتت زوجها حقه عليها فسقط مهرها كله بذلك ، وهذا شبيه بمن ارتدت قبل الدخول بها ، فالمرتدة مهرها يسقط ، فكذلك من قتلت نفسها .

ويرى الأئمة الثلاثة وزفر من الحنفية بأن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول والخلوة سقط مهرها كله ، لأنها قد أنهت حياة زوجها بالجناية عليه . ويسقط حقها في الميراث بذلك فكان من باب أولى أن يسقط حقها في المهر ولكن المعمول به هو مذهب الحنفية – ما عدا زفر – وهو أن الموت يؤكد المهر في كل صور .

ولا شك أن رأي الأئمة الثلاثة وزفر هو الأعدل والأقوم ، إذ كيف تنعم المرأة بهذا المال مع العلم بأنها هي التي كانت السبب في إنهاء حياة زوجها ؟ .

وأما **ثالثها : الخلوة الصحيحة** : ويراد بها إجتماع الزوجين وحدهما بعد العقد الصحيح ويكون هذا بمكان يأمنان فيه من دخول الغير عليهما ، ولم يكن ثمة مانع يمنع من الدخول الحقيقي ، وذلك كأن يحصل الاجتماع في نهار رمضان ، أو تكون صغيرة أو يكون بها عيب ، وهي الموانع الشرعية والطبيعية والحسية .

فاذا حصلت هذه الخلوة على هذا النحو فقد تأكد المهر ووجبت العدة ولو لم يحصل في الاجتماع دخول حقيقي . وهذا ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة – ثم زاد الحنابلة مؤكداً آخر وهو ما يعد من مقدمات الجماع كالتقبيل ، واللمس بشهوة ولو

حصل في اجتماع الناس وقد استدلوا على مذهبهم بالآتي :

يقول سبحانه : ﴿ **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبينا ....** ﴾ .

فا لله سبحانه قد أوجب المهر كله للزوجة بعد الإفضاء ، وقد فسر الحنفية بأنه الاختلاء بالزوجة .

وعنه – صلى ا لله عليه وسلم – : [من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل] .

فالحديث قد دل على وجوب الصداق بمجرد الخلوة بالزوجة ، وقد عمل الصحابة بذلك ، فقد روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل ، أنه إذا ارخيت الستور فقد وجب الصداق] [1] .

<u>الرأي الثاني</u> : وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية : من أن الخلوة الصحيحة لا تؤكد وجوب المهر ، لأن التوكيد لا يكون الا بالتسليم الكامل وهو الوطء وإن كان طلاق المرأة قبل الدخول بها يوجب نصف المهر لقوله سبحانه : ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم** ﴾ [2] .

فقد أوضحت الآية الكريمة أن المرأة التي طلقت قبل المس وكان قد سمى لها مهراً ، فقد وجب لها نصف المهر ، وهذا يوضح أن الخلوة وحدها بدون مخالطة لا تؤكد المهر كله للزوجة .

---

(١) الموطأ ٥/٣٢٧ .

(٢) البقرة ٢٣٧ .

وقد فسر أصحاب هذا الرأي قوله سبحانه : ﴿ **وقد أفضى بعضكم الى بعض ...** ﴾ بالمخالطة لا بالخلوة .

وان كان للإمام مالك : رأي آخر وهو أنه يعتبر انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ، والإقامة فيه عاما مع توافر كل الأسباب بمعنى أن يكون بالغا ، وإطاقتها مع اتفاقهما على عدم الوطء ، مؤكداً للمهر ، لأن هذه الإقامة تنزل منزلة الدخول الحقيقي .

وأعتقد أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الرأي الأول لقوة أدلته – وهو الذي عليه العمل بالمحاكم بجمهورية مصر العربية .

وقد نصت المادة (٤٩) من مشروع قانون الامارات على تأكيد حق الزوجة في جميع المهر ونصها : [يتأكد حق الزوجة في جميع المهر :

أ ـ بالدخول الحقيقي .

ب– بالخلوة الصحيحة .

جـ– بموت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة الصحيحة] وهذا مانصت عليه المادة – ٣٥ – في الفقرة ب من مشروع دول مجلس التعاون كما ذكر سابقا .

المقارنة بين الخلوة والدخول الحقيقي :

مايشتركان فيه من أحكام :

١– تأكيد المهر كله للزوجة كما سبق هذا .

٢– وجوب العدة على الزوجة بعد الدخول ، وكذلك بعد الخلوة الصحيحة إلا أن وجوبها بالدخول وجوب قضاء وديانة ، لأنها حق الشارع وحق الولد الذي قد

يأتي ثمرة هذا الدخول ، .أما في حالة الخلوة فوجوبها قضاء فقط ، أي إذا رفع أمرها إلى القضاء ، لكن المرأة إذا كانت متيقنة بعدم المخالطة أثناء الخلوة فإنه يحل لها ديانة أن تتزوج من غير أن تعتد بعد ذلك الطلاق ، لأنه طلاق قبل الدخول حقيقة فلا يوجب العدة . كما ذهب إلى هذا بعض الحنفية ، وإذا وجبت العدة على الزوجة بالفرقة بعد الخلوة الصحيحة ترتبت عليها أحكام العدة وهي :-

أ - وجوب النفقة بأنواعها التي تثبت لكل معتدة .

ب- حرمة التزوج من امرأة أخرى تكون محرماً للمعتدة مادامت في عدتها حتى لايكون جامعا بين محرمين .

جـ- يحرم عليه التزوج بخامسة مادامت العدة قائمة إذا كان له ثلاث زوجات غير تلك المطلقة .

٣- كذلك تشترك الخلوة مع الدخول بالزوجة في ثبوت نسب الولد من الزوج إذا توافرت شروط ثبوت النسب ، كما يثبت نسبه منه بعد الدخول .

وهذا في واقع الأمر ليس حكما للدخول ولا للخلوة ، بل هو حكم لعقد الزواج الصحيح وإن لم يعقبه دخول ولا خلوة كما يذهب إلى ذلك الحنفية (١) احتياطا منهم وحرصا على عدم ضياع الولد .

---

(١) ويمكن تصوير هذا ، وهو جعل ثبوت النسب حكما للخلوة كالدخول فيما إذا كان الطلاق بعد الخلوة وأتت بهذا الولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فإن نسب هذا الولد يثبت منه كما لو طلقها بعد الدخول وأتت بالولد في تلك المدة فإن نسبه يثبت ، أما إذا طلقها قبل الدخول أو الخلوة فإن نسبه لايثبت إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق .

أما مايختلفان فيه :

١- بنت الزوجة تحرم بالدخول الحقيقي بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يترتب عليها حرمة البنت ، فإذا تزوج رجل امرأة وتم الدخول بها ثم طلقها فإنه يحرم عليه التزوج بإحدى بنات هذه الزوجة بعد ذلك ، أما لو حدث وكان التطليق بعد الخلوة بها فإنه يحل له أن يتزوج بإحدى بناتها ، لأن القرآن الكريم علق تحريم الربائب على الدخول .

﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم الاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ [1] .

٢- بالدخول الحقيقي تحل الزوجة إذا طلقها زوجها ثلاثا ، فإذا طلق رجل زوجته ثلاثا فإنها لاتحل له بعد ذلك حتى تتزوج بآخر ، فإذا تزوجها الثاني ودخل بها دخولا حقيقيا ثم طلقها وانقضت عدتها حلت للأول ، أما لو حدث الطلاق بعد الخلوة الصحيحة فلا تحل له لقوله - صلى الله عليه وسلم - [لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك] [2] وهذا معناه الدخول الحقيقي فبقى مادونه على التحريم .

٣- الطلاق الواقع بعد الدخول الحقيقي إما أن يكون رجعيا أو بائنا ، ولكنه بعد الخلوة الصحيحة فإنه لايكون إلا بائنا على أي صورة وقع من الزوج ، ويترتب على هذا أن المطلق بعد الدخول يستطيع مراجعة زوجته بدون حاجة إلى عقد جديد إذا كان هذا الطلاق رجعيا ، أما المطلق بعد الخلوة فلا يستطيع إرجاعها إلا بعقد جديد .

٤- المدخول بها إذا تزوجت - بعد زواجها الأول - فلابد من إذنها الصريح

---

(١) سبق تحقيقها .　　(٢) سبق تحقيقه .

لتحقق رضاها لأنها تعامل معاملة الثيبات ، أما المختلى بها فقط فإنه يكفي للدلالة على رضاها سُكوتها لأنها تعامل معاملة الأبكار .

٥- وبالنسبة للميراث فإذا حدث الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ومات أحدهما في أثناء العدة فلا يرث أحدهما الآخر ، لأن الطلاق بعدها يكون بائنا على أي حال وقع ، ولا إرث في عدة البائن . يستوي في ذلك أن يكون طلاقه فراراً من الميراث وهو الطلاق الذي يحدث في مرض الموت من غير رضاها أو لم يكن كذلك .

أما إذا كان الطلاق بعد الدخول ومات أحدهما في العدة ، فإن كل واحد منهما يرث الآخر إذا كان الطلاق رجعيا ، وكذلك ترث الزوجة في عدة الطلاق البائن إذا كان هذا الطلاق في مرض موته ، لأنه في هذه الحالة يعتبر الزوج فاراً من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده . والميراث لايثبت إلا باليقين لأنه حق مالي لايثبت احتياطا . ولهذا اختلف الموقف هنا عن الخلوة الصحيحة .

٦- الدخول يجعل كلا من الزوج والزوجة محصنين لهذا إذا وقع منهما زنا تطبق عليهما عقوبة الرجم ، أما بالنسبة للخلوة الصحيحة فلا تجعلهما محصنين لذلك تطبق عليهما عقوبة الجلد عند الزنى إن لم يكن قد سبق لهما زواج ودخول .

الاختلاف في حصول الخلوة :

إذا اتفق الزوج والزوجة بعد الطلاق قبل الدخول على أن هذا الطلاق قد حصل بعد الخلوة الصحيحة ثبتت أحكامها الخاصة بها - السابقة - وإن اختلفا في ذلك فقالت المرأة : إنه حصل بعد الخلوة ، وقال الرجل : إنه حصل قبل الخلوة ، كان على المرأة البينة لإثبات دعواها ، لأنها تدعي خلاف الأصل إذ الأصل عدم الخلوة لأنها طارئة عليه ، ومن يدعي خلاف الأصل عليه إثبات مدعاه . فإن أقامت البينة

كان لها المهر كله ، وإن عجزت عن إقامة البينة لم يبق إلا اليمين ويُحكم بمقتضاه .

ولكن لأي منهما يوجه اليمين ؟

قولان للحنفية في هذا :

أولاهما : أن اليمين يوجه إلى الرجل ، فإن حلف أن الطلاق كان قبل الخلوة قضى بقوله ، لهذا لاتستحق إلا نصف المهر إن كان مسمى ، فإن لم يكن مسمى تسمية صحيحة ، أو كان غير مسمى أصلا فلها المتعة .

وثانيهما : أننا نوجه اليمين إلى المرأة ، فإذا حلفت على ماتدعيه من أن الطلاق كان بعد الخلوة الصحيحة استحقت كل المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى .

وإذا طُبقت قاعدة [البينة على المدعي واليمين على من أنكر] فإنني أرجح الرأي الأول لأن الخلاف بين الاثنين هنا على مؤكد المهر وهو الخلوة والمرأة تدعيه والرجل ينكره .

أما القول الثاني : الذي يرجحه ابن عابدين من توجيه اليمين إلى الزوجة لأنها منكرة لتنصيف المهر ، فهو في الحقيقة ترجيح غير مسلم به ، لأنه يترتب عليه أن تكون المرأة مدعية ومنكرة في وقت واحد ويكون الرجل غير ذي صفة في هذا النزاع [(١)] .

متى ينتصف المهر : ؟

إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول بها وكان قد فرض لها مهرا فإنها تستحق نصف هذا المهر ، وهو ما جاء صراحة في القرآن الكريم يقول سبحانه :

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٣٩٩ - ٤٠٣ .

﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مـا فرضتـم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقـوى ولا تنسـوا الفضـل بينكم إن ا لله بما تعملون بصير ﴾ [1] .

هذه الآية الكريمة توضح بأن المرأة إذا طلقت قبل الدخول بها وكان قد فـرض لها مهرا معلوما فيكون من حقها نصفه . هذا هو الاصل .

لكن القرآن الكريم يترك الأمر بعد ذلك للعفو والسماحة والكـرم ، فللزوجـة أو وليها أن يترك وأن يعفو بعد أن ثبت لها حقها من عنـد ا لله تعـالى ، وكذلـك أرشـد الأزواج إلى عدم المطالبة بما يستحقون من التنصيـف لـو قـدم أحدهـم جميـع المهـر ثـم حدث الافتراق **﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾** .

وروى الدار قطنى عن جبير بن مطعم أنه تزوج إمرأة من بني نصر فطلقها قبل أن يدخل بها فأرسل إليها بالمهر كاملاً وقـال : يقـول ا لله تعـالى : (إلا أن يعفـون) وأنا أحق بالعفو منها .

ثم نجد بعد ذلك القرآن الكريم يذكرهم بالصفاء والمودة بقولـه : **﴿ ولا تنسـوا الفضل بينكم إن ا لله بما تعملون بصير ﴾** .

ويشترط لكي تستحق المرأة قبل الدخول نصف المهر شروط أربعة :

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

الثاني : أن يكون المهر متفقا عليه بين الطرفين .

الثالث : أن يكون الطلاق أو الفسخ بسبب من قبل الزوج [2] .

---

(١) البقرة / ٢٣٧ .

(٢) إلا إذا أختار الفسخ عند البلوغ وحكم له القاضي بذلك .

الرابع : أن يكون الطلاق او الفسخ من قبل الدخول أو قبل الخلوة الصحيحة .

إذا توافرت هذه الشروط الأربعة وجب للمرأة نصف المهر المسمى .

واختلف الفقهاء في مسألتين حول التنصيف قبل الدخول :

الأولى : تنصيف المفروض بعد العقد .

الثانية : والزيادة في المهر بعد العقد .

أما الأولى : وهي التي لم يذكر المهر حين العقد ، وإنما فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي فقد قال الحنفية : بأن المفروض من المهر بعد العقد لا يتنصف ، لاختصاص التنصيف بالمفروض في العقد بالنص القرآني الذي سبق ، بل الواجب هنا المتعة فقط للمرأة ، فلو حدثت الفرقة قبل الدخول والخلوة وجب لها المتعة فقط .

أما الجمهور فإنهم قالوا : بتنصيف المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد ، فلو حصلت الفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة عند الحنابلة ، كان للمرأة نصف المفروض لا المتعة .

وأما الثانية : وهي الزياد الحادثة من الزوج بعد العقد على المهر المسمى .

فقد قال الحنفية : بسقوط هذه الزيادة عن الزوج ، ولا تتنصف قبل الدخول والخلوة .

أما الجمهور فقد قالوا : بعدم سقوط هذه الزيادة عن الزوج وتتنصف كالمسمى في العقد [1] ومشروع قانون الامارات في المادة – ٥١ – قد نص على ما يأتي :

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٧ / ٢٩٤ .

١- يجب للزوجة بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة نصف مهرها المسمى في العقد .

٢- إذا كانت الزوجة قد وهبت للزوج نصف مهرها أو أكثر ، ولو بعد القبض لا يرجع الزوج عليها بشيء في الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة وإن كان ما وهبته أقل من النصف رجع عليها بما يكمل النصف .

٣- يسرى حكم الفقرتين السابقتين على المبانة بعد الدخول اذا تزوجها من بانت منه قبل انقضاء عدتها ثم طلقها قبل دخول جديد أو خلوة صحيحة .

وقد نص في المادة – ٥٢ – منه على [إذا وقعت الفرقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة وجبت للمرأة ، فضلا عما تستحقه من نصف المهر ، متعة يقدرها القاضي بما لا يزيد على نصف مهر المثل دفعة واحدة أو مقسطة] وكذلك نصت المادة – ٥٣ – منه على الآتي [يسقط المهر والمتعة إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة بالعقد الصحيح بسبب من جانب الزوجة] .

وبهذا يتضح الآتي : الفقرة (٣) من المادة – ٥١ – نراها تخالف الآية الكريمة التي أوجبت نصف المهر قبل الدخول .

كذلك نرى المادة – ٥٣ – قد أخذت بالقاعدة التي تقول (لاضرر ولا ضرار) وهو حديث شريف لأن الزوجة حينما تكون هي السبب بالنسبة لهذه الفرقة وفي هذا الحاق ضرر بالزوج لهذا كان من العدل أن تتحمل مسئولية ذلك .

وقد نص المشروع الموحد لدول مجلس التعاون في المادة – ٣٥ – فقرة (ب) [... وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر إن كان مسمى ، وإلا حكم لها القاضي بمتعة] .

وبهذا نرى فرقا بين مشروعي الإمارات ومشروع دول مجلس التعاون ، فالأخير جعل المتعة للمرأة التي طلقت قبل الدخول ولم يكن لها مهر مسمى ، وهذا ما جاء في الآية الكريمة ، أما مشروع الإمارات فقد أوجب المتعة مع نصف المهر .

سقوط المهر كله :

بعد الحديث عن ما يؤكد المهر كله للزوجة ، وما يسقط نصفه ، كان ولا بد من الكلام عن سقوط المهر كله عن الزوج ، وعدم استحقاق الزوجة لشيء منه .

يسقط المهر كله عن الزوج في الأحوال الأربعة الآتية [1] :

١- إذا حصلت الفرقة بخيار البلوغ أو الافاقة من أحد الزوجين قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لأن هذا الفسخ نقض للعقد من اصله فلا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح .

وكل واحد من الزوجين لا يكون متعديا في طلب فسخ العقد لأنه استعمل حقه الشرعي .

٢- إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من جهة الزوجة هو معصية كامتناع عن الإسلام إن أسلم زوجها وقد كانا مشركين ، أو ارتكابها مع أصوله أو فروعه ما يوجب تحريمها على الزوج كالوطء والتقبيل بشهوة ، وهذا عمل شائن والمعصية لا توجب حقاً .

٣- إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بناء على طلب الولي

---

(١) البدائع ٢/٢٩٥ - ٢٩٦ ، مغني المحتاج ٣/٢٣٤ ، كشاف القناع ٥/١٦٥ ١٦٧ ، الأحوال الشخصية أ . د / محمد مصطفى شحاته الحسيني ص ٧١ .

لعدم الكفاءة عند من يرى أن العقد غير لازم بالنسبة للولي لأن الفسخ نقض للعقد من أصله فلا يترتب عليه أثر .

٤- إذا ابرأت الزوجة زوجها منه أو وهبته له لأنه خالص حقها بعد تقريره ، تتصرف به كما تشاء ومشروع قانون الامارات لم يتعرض لسقوط المهر إلا في حالة واحدة فقط وهي مانصت عليه المادة - ٥٣ - : [يسقط المهر والمتعة إذا وقعت الفرقة قبل الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة بالعقد الصحيح بسبب من جانب الزوجة] .

اقتران المهر بالشرط :

قد يقترن المهر - وهو أثر من آثار العقد - بشروط أهمها ما يأتي :

١- أن يقترن شرط المهر بمنفعة الزوج أو وصف محبوب له مثل أن يتزوجها بألف درهم على أن تنتقل معه في أي وقت شاء إلى أي بلد شاء ، في هذه الحالة يكون لها المسمى إن تحقق الشرط ، وإن لم يتحقق كان الواجب مهر المثل بشرط أن لا يزيد عن المسمى ، لأن المسمى إن كان أكثر من مهر المثل فلم يرض بالزائد إلا في مقابل المنفعة أو الوصف المحبوب ولم يتحقق مطلوبه فيرجع إلى مهر المثل وإن كان أقل من مهر المثل فلا يزاد عن المسمى لأنها رضيت به طائعة أن تقبل الأقل مع تحقيق شرط عليها لا لها ، فاولى أن ترضى به دون تحقيق هذا الشرط .

٢- وإما أن يقترن شرط المهر بمنفعة للزوجة أو وصف مرغوب لها كأن تتزوجه ، بألفي درهم على أن لا يتزوج عليها أو على أن لا ينقلها من بلدها ، في هذه الحالة إن تحقق الشرط فلها المسمى وإن لم يتحقق فلها مهر المثل إن كان المسمى أقل منه لأنها ما رضيت بالأقل إلا لمصلحة فإن لم توجد فقد انعدم الرضا به وصار كأن لم

يكن وإن كان أكثر فلها المسمى لأنه رضي بالزائد مع تحقيق شرط عليه لا لـه فـلأن ، يرضى بهذا الزائد من غير مطالبته بتحقيق الشرط من باب أولى . أما إذا اقترن بمنفعـة غير مباحة مثل أن يطعمها لحم الميتة فلها المسمى ، تحقق الشـرط أم لم يتحقـق ، إذ لا اعتبار بشرط محظور .

٣- أن يقترن شرط المهر بتقديرين مختلفين كأن يتزوجها على ألـف درهـم إن أقام بها في مدينة ما وعلى ألفى درهم إذا سافر بها ، فقد اختلف الحنفية في حكمـه . فيرى الإمام أنه إذا تحقق الشرط الأول يكون لها المسمى وإن لم يتحقق فـالواجب مهـر المثل لا يزيد على الألفين ولا يقل عن الألـف لأن إحـدى التسـميتين منجـزة والأخـرى معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان فإذا سافر بهـا فقـد اجتمعتـا فتفسـدان وذلـك لأن المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عنـد وجـود الشرط لا قبله . فتوجد الجهالة فيصار إلى مهر المثل .

وذهب الصاحبان إلى أن التسميتين صحيحتان فأي الشرطين تحقق فـالواجب ما سماه له لأن كل تقدير له تسـمية واحـدة قـد اتفقا عليهـا بـلا ضـرر يعـود علـى احدهما ، فالشرطان جائزان وقال زفر : الشرطان فاسدان لأنه ذكر للبضع بدلين علـى سبيل البدل لا على سبيل الاجتماع فوجدت الجهالة في التسمية فيصار إلى مهـر المثـل في الحالتين لا يزيد على الألفين لرضاها به ولا ينقص عن الألف لرضاه به .

٤- أن يقترن شرط المهر بتسمية معلقة علـى شـرط ، مسـاوية لمهـر المثـل وفي هذه الحالة يجب المسـمى تحقـق الشـرط أم لم يتحقـق وسـواء كـان لمصلحـة الـزوج أم لمصلحة الزوجة إذ عند الاختلاف في مسائل المهر يرجـع إلى مهـر المثـل والتسـمية هنـا مماثلة له ، فلا وجه للعدول عنها .

وإذا اتفق الزوجان على تأجيل المهر كله إلى وقت معلوم فيرى الطرفان في هذه الحالة أنه يجب على الزوجة امتثال أمر زوجها وله أن يطلبها في محل طاعته شرعا لأنها أسقطت حقها في تعجيل المهر برضاها وهذا لا يؤثر في إسقاط حقه في وجوب طاعتها له وتنفيذ ما يقتضيه عقد الزواج .

وذهب أبو يوسف إلى أنه ليس له أن يطالبها بموجبات العقد إلا إذا أدى جميع ما عليه من المهر فإذا رضى بتأجيله فكأنه رضى ضمناً بتأجيل حقوقه الزوجية إلى وقت سداده إذ الحقوق في الزواج متقابلة ، فوجب عليه المهر والنفقة في مقابل ثبوت حق الطاعة عليها وامتثال أمره وإيجابة دعوته متى شاء [١] .

<u>تعجيل المهر وتأجيله</u> : إن التشريع الإسلامي رغم أنه جعل المهر حقا واجبا للزوجة إلا أنه لا يلزم الزوج بدفع مهر زوجته عند حصول عقد الزواج بل يجوز حسب الاتفاق تعجليه كله أو تأخيره كله ، أو تعجيل جزء منه وتأخير جزء آخر حسب الاتفاق الذي حدث بينهما فإنه يعمل به .

أما إذا سمى المهر وأطلقا ولم يتفقا على معجل أو مؤجل ، فقد ذهب البعض إلى أنه يطبق عرف البلد لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا بينما يرى البعض أن الاصل في الصداق أن يكون معجلا ، فإن لم يذكرا شيئا كان كله معجلا منجز الدفع .

ويترتب على معرفة الصداق المعجل أن الزوجة لها حق الامتناع عن تسليم نفسها للزوج حتى تقبض الصداق الحال . أما لو كان مؤجلا فليس لها حق الامتناع ، فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع .

---

(١) الأحوال الشخصية أ .د / محمد مصطفى شحاته الحسيني ص ٧٣ ، ص ٧٤ ، ص ٧٥ .

إختلاف الزوجين في المهر [1] :

الاختلاف في المهر له حالات ثلاث : إما أن يكون في تسمية المهر ، أو في مقداره ، أو في قبضه .

فإن كانت الحالة الأولى : وهي الاختلاف في تسمية المهر ، فقد قال الحنفية : إن اختلفا في التسمية بعد الدخول فالبينة على مدعى التسمية فإن أقامها قضى بها ، وإن عجز وجهت اليمين إلى المدعي عليه فإن نكل قضى عليه بنكوله وإن حلف قضى بمهر المثل إذ يتقرر بهذه الدعوة عدم التسمية والواجب حينئذ مهر المثل ، وإن كان قبل الدخول وبعد الطلاق فالحكم هنا أنه تجب المتعة باتفاق أئمة الحنفية كما اتفقوا في الحكم السابق .

ويشترط ألا يزيد مهر المثل عن المسمى إن كانت هي التي ادعت التسمية لأنها رضيت بذلك القدر ، ولا ينقص عنه إن كان مدعي التسمية هو الزوج لأنه رضي بالزائد ، هذا إذا كان الاختلاف في حياة الزوجين .

وأما إذا كان بعد وفاتها فالحكم كذلك عند الصاحبين بمعنى أنه يحكم بالمسمى عند ثبوته وبمهر المثل إن لم يثبت بحيث لا يزيد عما يدعيه ورثتها ولا ينقص عما يدعيه ورثته ، وهذا لأن النكاح ثبت ولم توجد التسمية فيجب مهر المثل ، وهو صحيح لا يسقط الا بالأداء او الإبراء .

---

(١) البدائع ٣٠٤/٢ – ٣٠٨ ، الشرح الصغير ٤٩١/٢ – ٤٩٦ ، بداية المجتهد ٢٩/٢ – ٣١ مغني المحتاج ٢٤٢/٣ – ٢٤٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٠٧/٧ – ٣١١ ، أحكام الأسرة في الإسلام ٤٢٣ ، ٤٢٤ .

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا أمكن إثبات المسمى قضى به وإن لم يمكن فلا يقضى بشيء من مهر المثل لتقادم العهد وانقراض الأقران الذين يقدر على أساسهم ، وأما إذا لم يتقادم العهد فيحكم بمهر المثل كرأي الصاحبين .

وقال المالكية : إن أقام المدعى البينة على ما يدعيه قضى بما ادعى ، وإن لم يقم البينة ، كان القول قول من يشهد له العرف في التسيمة وعدمها مع يمينه ، فإن ادعى الزوج أنه تزوج تفويضا هذه المرأة بدون تسمية عند معتادى التفويض وادعت هي التسمية ، فالقول له بيمينه ، ولو بعد الدخول أو الموت أو الطلاق ، فيلزمه أن يفرض لها صداق المثل بعد الدخول ، ولاشيء عليه في الطلاق أو الموت قبل الدخول ، فإن كان المعتاد هو التسمية فالقول قول المرأة بيمينها ، وثبت النكاح .

وأما الشافعية فقد قالو : لو ادعت المرأة تسميته ولكنه أنكر – زوجها – قائلا : لم تقع تسمية ولم يدع تفويضا تحالفا في الأصح ، لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر ، لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعى زيادة عليه . وبالتحالف : ينتفى بيمين كل واحد منهما دعوى صاحبه ، فيبقى العقد بلا تسمية ، حينئذ يجب مهر المثل .

وإن كانت الحالة الثانية : بأن اختلافا في القدر المسمى ، فقد ذهب الطرفان إلى القول : بأن كلا منهما يصلح أن يكون مدعيا بمعنى إذا أقام أحدهما بينة عمل بها ، وإن أقاما بينتين ، فالراجحة هي التي لايشهد لها مهر المثل : فإن كان مهر المثل أقل مما يدعى الزوج أو مساويا له فبينتها أولى وإن كان أكثر مما تدعيه الزوجة أو مساويا له فبينته أولى ، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر كما تقرر هذا في القواعد الفقهية .

وإن كان مهر المثل لايشهد لأحدهما بأن كان أكثر مما يدعيه الزوج وأقل مما تدعيه الزوجة . ففي هذه الحالة تسقط البينتان ويصار إلى مهر المثل .

وإن لم يكن لأحدهما بينة فالقول لمن يشهد له مهر المثل لأنه الظاهر وإن كان لايشهد لأحدهما تحالفا فإن امتنع أحدهما قضى بنكوله وإن حلف قضى بمهر المثل .

ويرى الإمام أبويوسف : أنه عند الاختلاف في مقدار المسمى تكون مدعية للزيادة وهو منكر لها ، فإن أقامت البينة قضى بها وإن عجزت فالقول قوله مع يمينه مالم يصادم العرف الواضح ، فعند ذلك يصار إلى مهر المثل .

وقال المالكية : [1] . إذا تنازع الزوجان في مقدار المهر : فإن كان قبل الدخول تحالفا وتفاسخا وبدأت هي باليمين ، ويقضي لمن كان قوله أشبه بالتعارف المعتاد بين أهل بلديهما ، ومن نكل منهما عن اليمين قضى عليه مع يمين صاحبه أي حلف الآخر ، وقضى له بما ادعاه ولا يفرق بينهما . وإن لم يكن قول أحدهما يشبه التعارف تحالفا ، بمعنى أن يحلف كل منهما على ماادعى ونفى مادعاه الآخر ، لأن كلا منهما يعتبر مدعي ومدعي عليه ، فإن حلفا أو امتنعا معا عن اليمين ، فرق القاضي بينهما بطلقة .

وإن كان الخلاف بعد الدخول ، فالقول قول الزوج مع يمينه .

أما الشافعية : فقد قالوا : بأنه إذا اختلف الزوجان في قدر المهر أو صفته أو أجله. تحالفا ، ويتحالف وارثهما ، أو وارث أحدهما والآخر ، فسخ المهر المسمى لصيره بالتحالف مجهولا ووجب مهر المثل .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٣٠٧/٧ ، ٣٠٩ .

أما الحالة الثالثة : بأن يكون الاختلاف في القبض ، بأن ادعى أنه أعطاها المهر فأنكرت أخذه ، أو ادعى أنه أعطاها مقدارا معينا فاعترفت ببعضه ، فهذا الاختلاف إما أن يكون قبل الدخول أو بعده .

فقد ذهب الحنفية إلى القول : بأنه إذا كان قبل الدخول فعليه أن يقيم البينة بإثبات دعواه ، لأن الظاهر شاهد لها ببقاء المهر في ذمته بالعقد ، وإلا فالقول قولها مع اليمين . وإن كان هذا الاختلاف بعد الدخول بأن ادعى أنه أعطاها معجل المهر وأنكرت هي ذلك نهائيا ، فدعواها لاتسمع لمصادمتها العرف العام القاضي بتقديم بعض المهر ويقضي له بما ادعى .

وإن ادعى أنه أعطاها مقدارا معينا وأنكرت بعضه فعليه البينة . وإلا فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر شاهد لها بثبوت حقها بعد الزواج . ويمكن معرفة المدعي والمنكر بالرجوع الى ظواهر الأحوال ، فمن كان ظاهر العرف يشهد بصحة مايدعيه وأنه أقرب الى الحق ، فهو المنكر لما قد يعارضه ومن كان ظاهر العرف لايؤيده فهو المدعي لأنه هو الذي يطالب بإثبات دعواه ، فمثلا إذا ادعى اثنان دارا وأحدهما يقيم فيها فهو المنكر لأن الظاهر يشهد بأنها ملكه لوضع يده عليها والآخر هو المدعي إذ لاشيء يؤيده فيطالب بإثبات دعواه بسائر طرق الإثبات الشرعية .

وقد وافق المالكية الحنفية : في حالة الخلاف في قبض المعجل قبل الدخول بمعنى أن القول قولها ، وأما بعد الدخول : فالقول قوله بعد الدخول بيمينه ، إلا إذا كان هناك عرف فيرجع إليه .

وأما الشافعية فقد قالوا : بأنه إذا اتفقا على المسمى ولكنهما اختلفا في القبض كأن ادعى الزوج أنه قد دفعه إليها ، وأنكرت هي ذلك وادعت أنه باقي في ذمته ،

فالقول قول المرأة بيمينها سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء المهر في ذمة الزوج حتى يثبت البراءة بالأداء أو الإبراء .

تجهيز بيت الزوجية :

الجهاز هو أثاث المنزل وفرشه وأدواته ، ويوجد رأيان للفقهاء في الملزم به :

ذهب الحنفية : [1] . إلى القول : بأن الجهاز واجب على الزوج ، كما يجب عليه النفقة والمهر الذي يدفع للمرأة ليس في مقابله الجهاز ، وإنما هو عطاء ونحلة كما سماه الله سبحانه في كتابه أو هو في مقابلة حل التمتع بها ، إذا فهو حق على الزوج لزوجته .

لكن إذا دفع الزوج مقدارا من المال في مقابلة الجهاز فماذا يكون ؟

فإن كان المال زائدا على المهر ومستقلا عنه ، هنا الزوجة ملزمة بإعداد الجهاز لأنه كالهبة بشرط العوض .

وأما إن كان المال غير مستقل عن المهر ، بأن سمي مهرا زائدا على مهر المثل ، فالصحيح – وهو ماقاله بن عابدين – أن الزوجة لايلزمها شيء من الجهاز ، لأن الزيادة متى جعلت من ضمن المهر التحقت به وصار كله حقا خالصا لهذه الزوجة ، فلا تطالب بإنفاق شيء منه في الجهاز جبرا عنها .

وقد ذهب المالكية إلى القول : بأن الجهاز واجب على الزوجة بمقدار ماتقبضه من مهر . فإن لم تأخذ شيئا فلا تلزم بشيء إلا إذا كان الزوج قد اشترط عليها التجهيز ، أو كان العرف يلزمها به .

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ٤٥٨/٢ ومابعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣١١/٧ ٣١٣ .

ودليلهم على ذلك أن العرف جرى على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية ، وأن الزوج إنما يقوم بدفع المهر لهذا الغرض ، ويلزمها أن تتجهز بالمهر على حسب العادة ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه إلا لشرط أو عرف .

وأعتقد أن الراجح هنا هو ماذهب إليه الحنفية ، لأن الأدلة في جانبهم فالآيات التي تحدثت عن المهر بينت ووضحت أنه يقدم للزوجة عطية ونحلة أو في مقابلة التمتع بها ومعاشرتها . ولكن أستطيع أن أقول : إنه إذا كانت العادة تقضي بهذا وتقوم الزوجة أو وليها بالتجهيز حسب العادة عن طيب خاطر منها أو منه دون إلزام لهما فلا بأس بذلك ويكون هذا من قبيل التعاون على البر والتقوى .

وأما الإختلاف في الجهاز :

فقد ذهب أبوحنيفة ومحمد ومعهما المالكية إلى القول : بأن مايصلح للرجال كالسلاح والكتب وثياب الرجال والعمامة يكون للزوج ، بمعنى أن القول فيه قوله ، لأن الظاهر شاهد له ، وما يصلح للنساء مثل الخمار والحلي وثياب النساء يكون لها ، بمعنى أن القول فيه قول الزوجة لأن الظاهر شاهد لها . وهذا كله عند الاختلاف ويكون كل منهما مطالب بيمينه .

أما مايصلح لهما جميعا كالدراهم والدنانير وغيرهما ، فالقول فيه قول الزوج مع يمينه ، لأن يد الزوج بالنسبة لما في البيت أقوى من يد المرأة ، لأن يده يد تصرف في المتاع ، وأما يد المرأة فهي عادة للحفظ فقط ، ويد المتصرف أقوى من يد الحافظ .

وقال أبو يوسف : يكون القول قول الزوجة مع يمينها في مقدار ما يجهز به مثلها عادة ، ويكون قول الزوج في الباقي ، لأنه من الغالب ألا تزف الزوجة الى زوجها إلا بجهاز يليق بمثلها ، فيكون الظاهر شاهدا للمرأة في هذا المقدار ، لذا يكون

القول قولها فيه ، ومازاد عنه ، يكون القول فيه للزوج مع يمينه ، لأن الظاهر يشهد له بذلك .

وأعتقد أن هذا الرأي يتفق مع عادة البلاد التي تجهز فيه الزوجة بيت الزوجية .

ونقل الكاساني عن مالك والشافعي : أن كل المتاع بين الزوجين نصفان .

المتعة : [1] . هي مايقدمه الزوج لزوجته بعد وقوع الطلاق بينهما قبل الدخول أو الخلوة من مال أو مايقوم مقامه تخفيفا لما لحقها من آلام بسبب الطلاق . وتجب – عند فقهاء الحنفية – في حالة الطلاق قبل الدخول والخلوة ، إذا لم يسم المهر في حالة العقد تسمية صحيحة .

وقد استدلوا على ذلك بقوله سبحانه : ﴿ **لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين** ﴾ [2] .

ومعنى هذه الآية الكريمة : أنه سبحانه نفى الإثم عن الذين طلقوا النساء ولم يعطوهن شيئا من المال ماداموا لم يمسوهن إلا إذا كانوا قد فرضوا لهن مقدارا من المهر ، فالإثم بعدم إعطاء المطلقات شيئا إنما يكون إذا حصل دخول أو فرضت لهن مهور ، فإذا انتفى الأمران فلا إثم ، لكن تجب المتعة للمطلقة على حسب وسع المطلق ومقدرته مع مراعاة ماتعارفه الناس في متاع مثل هذه المطلقة .

---

(١) الدر المختار ٢/٤٦٠ – ٤٦٢ ، اللباب ٣/١٧ ، المهذب ٢ / ٢٦٣ مغني المحتاج ٣/٢٤١ ومابعدها ، المغني ٦/٧١٢ – ٧١٧ ، القوانين الفقهية ٢١٠ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ .

(٢) البقرة / ٢٣٦ .

فالمتعة إذا في هذه الحالة حق لازم على ذلك المطلق يجب الوفاء به كما نصت على ذلك الآية السابقة والمؤكد بقوله سبحانه ﴿ **حقا على المحسنين** ﴾ .

وهذا ماذهب إليه جمهور الفقهاء- عدا المالكية - فقد قالوا : بأنها مستحبة ، ولكن الآية واضحة في الوجوب ، وخصوصاً أنها في مقابلة نصف المهر المصرح به بعد هذه الآية في قوله سبحانه : ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم** ﴾ .

أما ما تستحب فيه المتعة عند الحنفية فهي تكون للمطلقة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة سواء سمى لها مهرا أو لا ، وتضاف هذه المتعة إلى المهر الواجب .

وكذلك المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهرا وذلك على الرأي المشهور عندهم ، وهناك رأي أخر ، أنه لاتستحب لها المتعة ، وليس لها إلا نصف المهر المسمى .

أما عند الشافعية : فهي واجبة لكل مطلقة مدخول بها ، ولو كان لها مهر مسمى بعد الدخول أو قبله ، لقوله سبحانه ﴿ **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين** ﴾ (١) .

ولأن ا لله سبحانه وتعالى أوجب أن التسريح بإحسان عند الطلاق ، والمتعة من التسريح بإحسان .

مقدار المتعة :

في تقدير المتعة عند الحنفية خلاف .

---

(١) البقرة / ٢٤١ .

هل تقدر على حسب حال الزوج ، أم تقدر على حسب حال الزوجة ؟ .

قال أبويوسف : تقدر على حسب حال الزوج لقوله سبحانه : ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ فصريح الآية يجعل تقدير المتعة على حسب حال الزوج ، ولأنه هو الذي سيكلف بها ﴿ لايكلف ا لله نفسا إلا وسعها ﴾ [1] .

وقال الكرخي : تقدر على حسب حال الزوجة ، لأنها مبنية على المعروف وليس منه أن تعطي ذات الثراء العظيم ملبسا خشنا لايليق بأمثالها ، ولأنها أيضا – المتعة – قائمة مقام نصف مهر مثلها ، ومهر مثلها يراعى فيه حالها ، فكذا في المتعة .

وقال بعضهم : يراعى فيها حالها معا ، فإن كان غنيين فمتعة الأغنياء ، وإن كان فقيرين فمتعة الفقراء ، وإن كان مختلفين فمتعة الوسط .

لأنه سبحانه وتعالى اعتبر في الآية أمرين :

أحدهما : حال الرجل في يسره وعسره ، فقال سبحانه : ﴿ على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ﴾ .

وثانيهما : أن يكون مع ذلك بالمعروف ، قال سبحانه : ﴿ متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ فيلاحظ الأمران معا .

أما عند الشافعية فهناك قولان :

الأول : أنها شيء نفيس يعطيه الزوج لزوجته تطيبا لخاطرها وتخفيفا لآلامها ويكون حسب المعروف اللائق بها .

---

(١) البقرة / ٢٨٦ .

الثاني : أن المتعة ثلاثون درهما ، بمعنى أنه من المستحب أن لاتنقص عن هذا أو ماقيمة ذلك .

وقال أحمد بن حنبل : تقدر المتعة بحسب حال الرجل من يسر وعسر ، وأعلاها رقبة ، وأوسطها كسوة ، وهذا مروي عن ابن عباس – رضي الله عنهما – فقد قال : [أرفع المتعة الخادم ، وأوسط المتعة الكسوة ، وأدناها النفقة] .

النفقة : [1]

بعد الحديث عن الحق الأول للزوجة وهو المهر ، كان لابد من الحديث عن الحق الثاني وهو النفقة ، إذ بمجرد إنعقاد عقد الزواج الصحيح يجب المهر وكذلك تجب النفقة ، وللحديث عنها أوضح النقاط الآتية :

تعريف النفقة :

النفقة في اللغة : هي مطلق الإخراج ، ولا تستعمل إلا في الخير بخلاف الإخراج فإنه يستعمل في الخير والشر كما تطلق على صرف الشيء في غيره ، تقول : أنفق عمره في كذا ، ونفقت بضاعته ، كما تطلق على المال المصرف في النفقة .

وتقول أنفق الرجل إذا افتقر ومنه قوله سبحانه ﴿ إذا لأمسكتم خشية الإنفاق ﴾ [2] . أي خشية الفناء والنفاذ فالنفقة ما أنفق [3] .

وشرعا : هي كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى [4] . وعرفا هي الطعام .

---

(1) الدر المختار ٢/٨٨٦ .
(2) الإسراء / ٢٠٠ .
(3) مختار الصحاح ٦٧٣ / القاموس المحيط ٢/٢٩٦ .
(4) الدر المختار ٢/٨٨٦ .

حكمها : اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة مسلمة أو كتابية حرة أو أمة – غنية أو فقيرة – واجبة على زوجها من طعام وكسوة وسكنى إذا تحققت شروط سوف أتحدث عنها بمشيئة ا لله تعالى – بعد قليل – .

وقد نصت المادة (٦٥) من مشروع قانون الامارات على أن النفقة الزوجية تشمل الغذاء والكسوة والمسكن والخدمة ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون على النفقة إجمالا دون تفصيل في المادة – ٣٩ – في رقم (١) فجاء بها : [حقوق الزوجة على زوجها : ١– النفقة] .

الدليل على وجوبها :

إستدل الفقهاء على وجوب النفقة بالكتاب والسنة والإجماع ، والدليل العقلي .

أما الكتاب : فآيات كثيرة منها قوله قوله سبحانه : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم . ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن** ﴾ [1] .

وقوله سبحانه : ﴿ **لينفق ذوسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه ا لله** ﴾ [2] .

وقوله سبحانه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ [3] .

---

(١) الطلاق / ٦ .　　(٢) الطلاق / ٧ .　　(٣) البقرة / ٢٣٣ .

فدلت هذه الآيات على وجوب النفقة للزوجة ، لأن الأمر وإن كان واردا في الآية الأولى للمطلقات ، إلا أنه يدل أيضا على نفقة الزوجات ، والضمير في قوله سبحانه ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ يرجع إلى الوالدات ، وهن الزوجات ، بمعنى أنه سبحانه أوجب في هذه الآية على المولود له وهو الأب إطعام الوالدات وكسوتهن مقابل الإرضاع . أما قوله : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ...﴾ فهذه الآية وردت في سياق الحديث عن الزوجات المطلقات ، وهي توجب النفقة للزوجة المطلقة على حسب يسار الزوج وإعساره ، وإذا أوجب الله النفقة للمطلقة ، فإنها تجب للزوجة من باب أولى .

وأما السنة : فأحاديث منها :

ماروا جابر بن عبد الله أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال [اتقوا الله في النساء ... ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] [1] . وقوله – صلى الله عليه وسلم – (أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ، ولا تقبحوهن ...) [2] ، وقوله – صلى الله عليه وسلم – لهند بنت عقبة زوجة أبي سفيان : [خذي مايكفيك وولدك بالمعروف] [3] .

فقد دلت هذه الأحاديث كلها على وجوب النفقة للزوجة على زوجها وهي واضحة الدلالة على هذا .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، من عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى يومنا هذا ولم ينكر أحد فكان إجماعا .

(١) رواه مسلم وأبو داود الجامع لتاج الأصول ٢/١٤٠ ومابعدها . (٢) نيل الأوطار ٦ / ٢٢٥ .

(٣) رواه البخاري والنسائي وابن ماجه عن عائشة الفتح الكبير ٢/٨٦ .

وأما المعقول : فلأن النفقة تجب جزاء الاحتباس ، ومن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه ، وذلك مثل القاضي والوالي وسائر العاملين في الدولة فإنهم قد حبسوا أنفسهم للعمل فكانت نفقتهم واجبة .

والزوجة لما كانت محبوسة من أجل زوجها ، ورعاية شئون بيتها وتربية أولادها ، فقد استحقت النفقة على زوجها .

سبب النفقة : حدث خلاف في سببها على قولين :

القول الأول : أن نفقة الزوجة على زوجها سبب وجوبها هو التمكين الناشيء عن عقد الزواج ويحصل ذلك بأن تكون قد سلمت نفسها إلى زوجها ، وتمكن من الاستمتاع بها ، ونقلها إلى حيث يريد ، وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح ، يدل على ذلك أنه – صلى الله عليه وسلم – تزوج عائشة – رضي الله عنها – ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا حين دخلت عليه ، ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله ولأن العقد يوجب المهر ، فلا يوجب عوضين مختلفين . وتأسيسا على ذلك فلو امتنعت من تسليم نفسها ، أو مكنت من استمتاع دون استمتاع ، أو في منزل دون منزل ، أو في بلد دون بلد فإن النفقة لاتجب لها من حيث إنه لايوجد التمكين التام .

ويستثنى من ذلك صورتان :

الأولى : لو منعت نفسها لتسليم المهر المعين أو الحال ، فإن لها النفقة حينئذ رغم امتناعها .

الثانية : لو أراد الزوج سفرا طويلا فلها النفقة مدة ذهابه ورجوعه .

ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في القول الجديد والحنابلة [1] .

القول الثاني : إن نفقة الزوجة على زوجها تجب بالعقد وتستقر بالتمكين لأن الزوجة ممنوعة من الرجال بحبسه لها ، لأنه بمجرد العقد أصبحت محبوسة على ذمته وبحقه ، ومن حبس بحق شخص كانت نفقته عليه .

ذهب إلى ذلك الشافعي في القديم [2] .

وقد نصت المادة (٦٦) من مشروع قانون الامارات على الآتي : [تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح ولو كانت غنية أو مختلفة معه في الدين ، إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما] .

ونص مشروع دول مجلس التعاون على هذا أيضا في المادة - ٥١ - وجاء بها [تجب نفقة الزوجة على زوجها من حين العقد الصحيح ولو كانت موسرة] .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها الشروط التالية : -

١- أن يكون عقد الزواج صحيحا فإذا كان العقد فاسدا أو باطلا لاتستحق الزوجة النفقة لأن التمكين لايصح مع فساد النكاح ولا يستحق مافي مقابلته .

٢- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزواج ، بأن تكون كبيرة أو صغيرة يجامع مثلها ، فإذا لم تسلم نفسها للزوج فلا يجب لها النفقة كما فعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - مع عائشة حيث عقد عليها وهي صغيرة ومكثت في بيت

---

(١) بدائع الصنائع ٢٠٤/٥ ، حاشية الدسوقي ٥٠٨/٢ ، مغني المحتاج ٤٣٥/٣ ، الكافي ٣ / ٣٥٤ .

(٢) جلال الدين المحلي ٧٧/٤ .

أبيها فلم يعطها – صلى الله عليه وسلم – نفقة ، أما لـو سـلمت نفسـها فقـد حـدث خلاف في هذا :

فذهب بعض الشافعية إلى أن لها النفقة في هذه الحالة ، لأنها سلمت نفسـها للزوج من غير منع ، ولكن الصحيح إنها لاتستحق النفقة ، لفقدان التمكـين التـام مـن الاستمتاع ، لأمر من جهتها .

وقال أبو يوسف : إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع بها الزوج بالخدمـة فسلمت نفسها إليه ، فإن شاء ردها ، وإن شاء أمسكها ، فإن أمسكها فلها النفقـة ، وإن ردها فلا نفقة لها ، لأنها إذا لم تحتمـل الـوطء لم يوجـد التسـليم الـذي أوجـده العقد .

أما لو كانت كبيرة والزوج صغير فـالأصح وجـوب النفقـة لهـا ، لأن التمكـين وجد من جهتها وإنما تعزر الإستيفاء من جهته فوجبت النفقة لها .

٣- أن تمكن الزوج من إستيفاء حقه الشرعي فلو فوتت عليه ذلك بـدون عـزر رغم احتباسها فإنها لاتستحق النفقة وكذلك إذا فوتت علـى الـزوج حقـه في احتباسـها بدون مبرر شرعي وبسبب ليس من جهته .

<u>أسباب سقوط النفقة</u> : اتضح فيما سبق أن نفقة الزوجـة واجبـة علـى زوجهـا سواء أكانت مسلمة أم كتابية .... كما سبق – ولكن هذا الواجـب قـد يعـرض لـه مـن الأسباب مايسقطه ، ويجعله غير واجب .

ولسقوط النفقة أسباب هي :

أ- النشوز : وهو أن تغادر الزوجة بيت زوجها بغير حق ، أو امتناعها عن الانتقال إليه ، أو منعها له من دخول مسكن الزوجية .... فإذا حدث منها هذا اعتبرت ناشزة وسقط حقها في النفقة ، فإن قدر الزوج على إعادتها إلى طاعته ولو جبرا عادت إليها النفقة .

وكذلك لو منعت زوجها من الاستمتاع بها أو وطئها بدون عذر اعتبرت كذلك ناشزة وسقطت نفقتها ، أما لو منعته لعذر فإن كانت مريضة أو بها أي مرض يضره الوطء فهي معذورة ، وتجب لها النفقة .

وكذلك لو هربت الزوجة من منزل الزوجية أو سافرت بدون إذنه فهي ناشزة لاتستحق النفقة حتى ولو كان السفر سفر حج ، لفوات الاحتباس من جهتها .

ب- الصغر : إذا كانت الزوجة صغيرة لاتطيق الوطء ، وهو كبير أو صغير فلا نفقة لها على الأظهر .

جـ - الغصب : إذا اغتصبت الزوجة بأن سطا عليها شخص أو عدة أشخاص وغابت مدة سقطت نفقتها ... أو إذا حبست بسبب من جهتها فلا نفقة لها لأنها فوتت بالاحتباس حق الزوج [1] .

وقد تحدثت المواد الآتية من مشروع قانون الإمارات على سقوط النفقة ، فقد نصت المادة – ٦٨ – على الآتي : [لاتجب النفقة للزوجة إذا امتنعت مختارة عن معاشرة زوجها بدون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج ، وذلك بدون إخلال بأحكام المادة السابقة] .

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٠٦ ، روضة الطالبين ٩ / ٤٠ .

والمادة السابقة – ٦٧ – قد نصت في فقرتها الأولى : [إذا مرضت الزوجة قبل الزفاف ولم تمتنع منه أو مرضت بعده ، أو زفت وهي مريضة وقبل الزوج ذلك أو خرجت من بيته بعد المرض ولم تستطع العودة إستحقت النفقة] .

وكذلك نصت المادة – ٨٤ – على :

[١- إذا امتعنت الزوجة عن الانتقال إلى منزل الزوجية بغير حق أو منعته من الدخول عليها في منزلها الذي يسكنان فيه ولم يكن قد أبى نقلها منه سقط حقها في النفقة مدة الامتناع سواء أكان محكوما عليها بالمتابعة أم لا .

٢- ويعتبر امتناعها بحق إذا لم يدفع الزوج معجل المهر أو لم يهيء لها المسكن الشرعي الذي تأمن فيه على نفسها ومالها أو لم يكن أمينا عليها في ذلك] .

وقد نص مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على ذلك أيضا في المادة – ٥٦ – فجاء في هذه المادة : [لانفقة للزوجة في الأحوال التالية :

١- إذا منعت نفسها من الزوج أو امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٢- إذا تركت بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٣- إذا منعت الزوج من الدخول إلى بيت الزوجية من دون عذر شرعي .

٤- إذا امتنعت من السفر مع زوجها من دون عذر] .

ونصت المادة – ٥٥ – منه على سقوط نفقة المعتدة من وفاة [لا نفقة لمعتدة الوفاة وتستحق السكنى في بيت الزوجية مدة العدة] .

تقديــر النفقــة :

من الأمور المسلم بها أنه يجب علـى الـزوج لزوجتـه مايكفيهـا مـن الطعـام – وغيره كما سيأتي – ولكن قد اختلف في نوع الطعام ، هل يراعي فيه حال الـزوج ، أم حال الزوجة ، أم حالهما معا ، أم أن النفقة مقدرة أصلا ؟

أختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : يرى أن نفقة الزوجـة مقدرة بنفسـها ، فيجـب علـى الـزوج الموسر كل يوم وليلة مدان من الطعام المناسب لحالته ، وعلى الزوج الذي حاله متوسـط مد ونصف ، وعلى الفقير مد أي أن النفقة مراعي فيها حالة الزوج يدل على ذلك قوله سبحانه : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ أي قدر حاله ومقدرته فـا لله سـبحانه فـرق بين الموسر والمعسر ، وأوجب على كل واحد منهما النفقة على قدر حاله [(١)] .

القول الثاني : إن نفقـة الزوجـة غـير محـددة ، بـل تـرك تقديرهـا لأن ا لله سبحانه يقول : ﴿ **وعلى المولـود لـه رزقهـن وكسـوتهن بـالمعروف** ﴾ فالآيـة وردت مطلقة ، وحينما اشتكت هند زوجة أبي سفيان إلى رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسـلم – قال لها : [خذي مايكفيك وولدك بالمعروف] فلم يحدد لها مقدارا معينا بـل نـص على الكفاية فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية [(٢)] .

---

(١) المهذب ١٦١/٢ ، مغني المحتاج ٤٢٦/٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٢١٣/٥ جاء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها ، وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدان ، وعلى المتوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد ، نظام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد فهمي السرجاني ص ١٦٧ .

الرأي الراجح : أستطيع أن أقول بأن الراجح أنها غير مقدرة بمقدار معين ، بل هي بقدر الكفاية ، ولكن حال من تراعى عند التقدير؟ : فالراجح أن يراعى عند تقدير النفقة أو فرضها حال الزوج بمعنى حاله من حيث الغنى والفقر لقوله سبحانه : ﴿ لينفق ذوسعة من سعته ﴾ .

وهذا مأخوذ من مذهب الإمام الشافعي وهو ماذهب إليه الحنفية في الصحيح عندهم .

نوع النفقة الواجبة للزوجة : بعد الانتهاء من الكلام عن طعام الزوجة وهو غير محدد يراعى فيه حال الزوج – كما سبق – ولكن ماهي الأشياء التي تجب لها غير هذا ؟ يجب لها الأتي :

١– **الطعام** : وهو ماسبق الحديث عنه .

٢– **السكن** : ويجب أن يراعى فيه مايليق بها – الزوجة – في العادة ، مثل أن يكون مشتملا على مايحتاجه أمثالهما ، كما لايحق للزوج أن يسكن زوجته مع ضرتها ، كما لايجوز أن يسكن معها في بيت الزوجية أحد من أهله إلى غير هذه الأمور التي يجب أن تراعى في مسكن يشتمل على الراحة والسكينة .

٣– **الكسوة** : فيجب كسوتها على قدر حال الزوج مرة في الصيف ومرة في الشتاء ويكون هذا بقدر مايتناسب مع حاله وحالها ووضعه ووضعها .

٤– **الخادم** : ويكون ذلك بالنسبة للمرأة التي جرت العادة بأنها لاتخدم نفسها .

وقد نصت المادة (٧١) من مشروع قانون الإمارات في فقرتها (١) على الأتي :

[١- تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت فرضها يسرا وعسرا مهما كانت حال الزوجة على الا تقل في حالة العسر عن حد الكفاية] .

والذي نصت عليه هذه المادة هو ما نص عليه القرآن الكريم ، يقول سبحانه : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ .

وجاء في المادة (٧٢) منه على الآتي :

[١- يجوز أن تطلب زيادة النفقة ونقصها لتغيير حال الزوج ، أو أسعار البلد ، أو ظهور مالم يكن ظاهرا من حال الزوج عند الفرض بالقضاء أو التراضي] .

٢- ولا تقبل دعوة الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ، إلا في الطوارىء الإستثنائية] .

وقد تحدثت المواد - ٨١ - ، - ٨٢ - ، - ٨٣ - من المشروع نفسه على أحكام السكن ونصها كالأتي :

تنص المادة - ٨١ - على مايأتي :

[١- على الزوج إسكان زوجته في مسكن أمثاله .

٢- وعلى الزوجة بعد قبض معجل صداقها أن تسكن مع زوجها فيه متى طلبها ، مالم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يخرجها من منزلها الذي تقيم فيه .

٣- وإذا اشترطت عليه ذلك فليس لها أن تمنعه من السكنى معها فيه ، أو الدخول عليها] .

ونصت المادة – ٨٢ – على الأتي :

[١- ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها .

٢- ويعتبز في استقلال السكن حال الزوج ، وعرف البلد ، وعدم مضارة الزوجة] .

والمادة – ٨٣ – نصت على مايأتي :

[للزوج أن يسكن مع زوجته :

أ- أولاده منها .

ب- أولاده من غيرها ذكورا أو إناثا ولو كانوا بالغين ، وأبويه ، ومحارمه من النساء بشرط أن يكون إسكانهم واجبا عليه شرعا ، وأن يتسع المسكن لسكناهم ، وألا يلحق الزوجة من ذلك ضرر] .

الزوج ودين النفقة :-

المفروض أن الزوج يؤدي ماعليه من نفقة بالنسبة لزوجته ، فإذا أدى ماعليه سقطت عنه وأصبحت ذمته خالية منها .

ولكن إذا امتنع الزوج من الإنفاق على زوجته ، جازلها أن ترفع أمرها للقضاء ، وعلى القاضي النظر في دعواها هذه فإذا ثبت له أنه موسر وممتنع حقا عن الإنفاق على زوجته ، فلا يخلو الأمر :

إما أن يكون له مال ظاهر ، وهنا كان من حق القاضي أن يبيع من هذا المال ليعطي الزوجة حقها في النفقة .

وإما أن يكون موسرا ولكن ليس لـه مـال ظـاهر ، والزوجـة طلبـت حبسـه لامتناعه أجابها القاضي إلى طلبها وحكم على زوجها بالحبس مدة يراها زاجرة لـه عـن ظلمه ومماطلته ، ومعلوم أن هذا أمر يختلف فيه النـاس ، وقـد روى عـن الامـام أبـي حنيفة أنه قدر مدة الحبس بشهر كحد أدنى ، وبثلاثة شهور كحد أعلى [1] .

والمشروعان الإماراتي ودول مجلس التعاون لم يتحدثا عن هذا – حبـس الـزوج – ولكن المادة – ٧٣ – من مشروع الإمارات قد نصت على الآتي :

[١– تعتبر نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع عن الانفاق مع وجوبـه دينـا علـى الزوج بلا توقف على القضاء أو التراضي ، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

٢– ولا تسمع الدعوى بها عن مدة ماضية تزيد علـى ثـلاث سـنوات نهايتهـا تاريخ رفع الدعوى مالم تكن مفروضة بالتراضي .

وقد نصت المادة – ١١٧ – منه على الآتي : [١– إذا امتنـع الـزوج الحـاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيـه بالنفقـة الواجبـة في مدة قريبة ، جاز لزوجته طلب التطليق .

٢– فإن قال أنه معسر ولم يثبت اعساره طلق عليه القاضي في الحـال وكذلـك إن لم يقل أنه موسر أو معسر أو قال انه موسر وأصر على عدم الانفاق .

وإن ثبت إعساره أمهله القاضي مدة لاتزيد على شهر فإن لم ينفق طلـق عليـه القاضي] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٩٤٥ ، البدائع ٤/٣٨ .

وبهذا أجاز المشروع للزوجة طلب التطليق إذا تحقق ما أشارت إليه في فقرتها الأولى .

وكذلك في فقرتها (٢) طلق القاضي إذا تحقق ما أشارت إليه .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ١١٠ – على الآتي :

[أ – للزوجة طلب التطليق إذا أمتنع زوجها عن الانفاق عليها ، أو تعذر استيفاء النفقة منه ، وليس له مال ظاهر ، ولم يثبت اعساره ولا تطلق عليه إلا بعد إمهاله مدة يحددها القاضي .

ب – لاتطلق الزوجة لاعسار الزوج إذا علمت بعسره قبل الزواج ، ورضيت بذلك .

جـ – لا تطلق الزوجة الموسرة على زوجها المعسر .

وبهذا يتضح أن مشروع دول التعاون أكثر دقة ورعاية للعلاقة الزوجية ومحافظة على العشرة .

العدل وحسن المعاشرة :

سبق الحديث عن الحقوق المالية بالنسبة للزوجة على زوجها ، وأريد هنا أن أوضح الحقوق الغير مالية – بإيجاز – التي للزوجة على زوجها وهي : العدل ، وحسن المعاشرة ، وعدم الإضرار بها .

أ– **العدل :** مطلوب – كما سبق – للزوجة الواحدة ، ولهذا فإن الزواج يكون محرما إذا كان الشخص متأكدا من ظلمه للزوجة التي سوف يرتبط بها ، لهذا كان من باب أولى أن يكون العدل مطلوبا عند التعدد ، بل هو شرط من شرطي التعدد كما ذهب

إليه بعض العلماء : والمقصود به هو كل مايستطيع أن يحققه الإنسان ويدخل تحت قدرته من الحقوق كالتسوية في النفقة والمعاملة ، وهذا بخلاف الميل القلبي - كما أشرت سابقا - لأنه لم يقدر عليه ومن ثم لايطالب به لقوله - صلى ا لله عليه وسلم - [اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك) ولأن القلوب بيدى الرحمن يقلبها كيف يشاء وصدق ا لله العظيم ﴿ **ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ....** ﴾ (١) . وقد فسر ابن عباس (٢) هذه الآية - أي عدم الاستطاعة في العدل - بالحب والجماع ، بمعنى أن التسوية في الجماع بين النساء ليست واجبة ولكنها مستحبة كما ذهب إلى هذا ابن عباس .

ومن العدل الواجب على الزوج أن يسوي بين زوجاته في المبيت ، فيحرم عليه التفضيل ، حتى ولو رجحت إحداهن بشرف وغيره ، فيجب التسوية بين المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة قال رسول ا لله - صلى ا لله عليه وسلم - (من كانت له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطامائلا) (١) . فإن الزوج مطالب بالعدل وإلا كان له هذا الجزاء الذي ينتظره .

ومعلوم أن العدل مطلوب في أمور أخرى غير المبيت - كما وضح سابقا - كالسكن والملبس والمطعم وغير ذلك .

ب- **حسن المعاشرة :** شاء ا لله سبحانه أن يجعل القوامة للرجل على المرأة يقول سبحانه : ﴿ **الرجال قوامون على النساء** ﴾ (٢) . ومن خلال هذه القوامة

---

(١) النساء / ١٢٩ . (٢) الكافي ٣ / ٣١ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه - سنن أبي داود ٤٩٢/١ .

(٤) النساء / ٣٤

فالرجل أي الزوج مطالب أن يحسن معاشرته لزوجته وأن يكون معهـا الـودود الرحيـم يقول سبحانه : ﴿ **وعاشروهن بالمعروف** ﴾ [1] . وهل المعاشرة بالمعروف إلا من خلال إحسان الزوج ومودته ورحمته للزوجة ، ولقد صدق الرسول الكريـم – صلـى ا لله عليـه وسلم – حيث يقول (خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلي) [2] .

وبناء على ذلك فإن الواجـب علـى الرجـل ألا يكـون فظـا غليظـا في معاملتـه لزوجته ، بمعنى ألا يؤذيهـا بـالقول أو بـالفعل ، ولا يسـمعها مـن الكـلام مـا يجـرح كرامتها وينزل من شأنها .

جـ – **عدم الاضرار بالزوجة :** من حقوق الزوجة على زوجها ألا يلحـق بهـا ضررا لقوله سبحانه ﴿ **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا** ﴾ ومعلوم أن عدم الضرر المطالب به الزوج هو بنوعيه المادي والمعنوي .

ومشروع قانون الامارات . لم يتعرض لهـذه الحقـوق ، لكـن مشـروع القـانون لدول مجلس التعاون قد تعرض لها في المواد – ٣٨ – ، – ٣٩ – ، – ٤٠ – ، وقـد نصت المادة – ٣٩ – على حقوق الزوجة على زوجها ونصها :

[حقوق الزوجة على زوجها :

١– النفقة .

٢– السماح لها بزيارة أبويها ومحارمها ، واستزارتهم بالمعروف .

٣– الاحتفاظ باسمها العائلي .

---

(١) النساء / ١٩ .

(٢) البخاري ومسلم وغيرهما – الفتح الكبير ٢ / ٣٣١ .

٤- عدم التعرض لأموالها الخاصة ، فلها التصرف فيها بكل حرية .

٥- عدم الإضرار بها ماديا أو معنويا .

٦- العدل بينها وبين بقية الزوجات ، إن كان للزوج أكثر من زوجة .

ولاشك أن هذه الحقوق لايرقى إليها أي تشريع آخر وكيف يكون ذلك إن كان قد استمد من شريعة الله تعالى .

المبحث التاسع
" في حقوق الزوج على زوجته "
والحقوق المشتركة

من عدالة ا لله سبحانه وتعالى ، أن جعل للزوج على زوجته حقوقا ، كما جعل للزوجة على زوجها حقوقا ، ثم إن الزوج له القيادة والريادة بما جعل ا لله فيه من عناصرها ومعانيها ، وليس عيبا أن تكون المرأة تحت قيادته ورعايته فهو الذي يجاهد من أجل الحياة ، من أجل حياة كريمة نظيفة ، وهو الذي يصونها ويرعاها ويحفظها ، إذا فالريادة هنا والقيادة لها من أخطارها ومهامها الجسام ، ولم تكن هذه القوامة والريادة إلا من خلال ماوهب ا لله به الرجل من مقومات وعناصر يجعله قادرا وأهلا لها .

وحقوق الزوج على زوجته – أهمها – أستطيع أن أحصرها في الأمور التالية :

١- الطاعة : من حق الزوج على زوجته أن تطيعه فيما هو من شئون الزوجية بشرط ألا يكون فيه معصية لله ، لأنه لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وكذلك فيما يلزم لرعاية النشىء الذي يكون لهما تربيته ، فأما فيما يتعلق بشئونها الخاصة بها فلا طاعة له عليها كأن يمنعها من التصرف في مالها ، أو يأمرها أن تتصرف فيه على وجه خاص ، فإنه لاولاية له في أموالها ، حتى إذا كانت لم تبلغ الرشد للتصرف في أموالها ، فإن الولاية هنا لاتكون للزوج ، بل هي للولي في المال ومن حق الزوج عليها أيضا أن تحفظ غيبته وسره في بيته وماله ، وأن تحافظ على شرفها وعفتها وتتجنب مواطن الشبهات ومخاوف الفتنة ، فإن ذلك – فوق أنه حق الزوج عليها – هو أيضا حق الشرع فتجب مراعاته كي تطمئن نفس الزوج وتحسن عشرته ، وتؤتي الزوجية

ثمراتها التي يريدها الشرع ويأمر بها .

وقد أشار الله سبحانه إلى ذلك بقوله : ﴿ **فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله** ﴾ [1] .

بمعنى أن المرأة القانتة – أي الطائعة – وهي التي تطيع ربها ، وتطيع زوجها ، وتحفظه في نفسها وعفتها ، وفي ماله وولده ، وفي غيبته وحضوره ، مثل هذه المرأة يقال لها الصالحة القانتة .

وقد ورد في السنة الكثير من الأحاديث التي تحث الزوجات على طاعة الأزواج منها :

أ- وعن أبي هريرة رضي الله عنه – قال : قال النبي – صلى الله عليه وسلم – : [إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح] [2] .

ب- وعنه أيضا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : [لو كنت آمراً أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها] [3] .

فهذه الأحاديث تدل – كما ذهب إلى ذلك الفقهاء – على وجوب طاعة المرأة لزوجها ، وإن هذه الطاعة طريقها إلى الجنة .

وقد اعتبر الإسلام طاعة الزوجة لزوجها جهادا في سبيل الله ، ودليل ذلك .

---

(١) النساء / ٣٤ .

(٢) متفق عليه نيل الأوطار ٦ / ٣٠٧ ، رياض الصالحين ص ١٣٣ .

(٣) رواه الترمذي وقال : حديث حسن عن أبي هريرة نيل الأوطار ٦/٣٠٦ .

ماروى عن ابن عباس أن امرأة جاءت إلى النبي – صلى ا لله عليه وسلم – فقالت يارسول ا لله أنا وافدة النساء إليك ، هذا الجهاد كتبه ا لله على الرجال فإن يصيبوا أجروا ، وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون ، ونحن معشر النساء ، نقوم عليهم ، فما لنا من ذلك ؟

فقال عليه الصلاة والسلام [أبلغي من لقيت من النساء أن طاعة الزوج واعترافا بحقه يعدل ذلك ، وقليل منكن من يفعله] .

وفي ذلك يقول الإمام علي كرم ا لله وجهه -: [جهاد المرأة حسن التبعل] .

ولا شك أن هذه الطاعة ، طاعة الزوجة لزوجها تؤدي إلى إقرار السلام في البيت ، وكذلك الأمن والآمان ، وكانت طريقا لتعود الأبناء لهذه الطاعة في مجتمعهم الصغير .

٢- **القرار في البيت :** فهذا هو الحق الثاني للزوج على زوجته ومعنى ذلك أن الزوجة واجب عليها أن تقر في بيت الزوجية ، من أجل الاستقرار فيه حتى تتمكن من أداء واجبها كاملا من الإشراف والتنظيم والرعاية والنظافة والترتيب وفي المقابل يقوم الزوج بالانفاق عليها – كما – سبق وبكل ما تتطلبه ضروريات الحياة .

وإذا كان قرار الزوجة في بيت الزوج حقا من حقوقه فلا تخرج من بيته إلا بإذنه ، فإن قرار المرأة في بيتها هو الحكم الشرعي العام في كل امرأة متزوجة أو غير متزوجة ، فلا تخرج من بيتها إلا لضرورة تدعوا الى هذا الخروج قال تعالى : ﴿ **وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى** ﴾ (١) .

---

(١) الأحزاب / ٣٣ .

فهذا النص الكريم خطاب لنساء النبي – صلى الله عليه وسلم – ، ولكن لايمنع دخول غيرهن في الحكم ، فالحكم عام يخاطب جميع المؤمنات .

وإذا وجد سبب شرعي لخروجها مثل زيارة أبويها فهذا أمر جائز ، وكذلك زيارة محارمها وكذلك إذا مرض أحد أبويها وليس له من يقوم على تمريضه وجب عليها الخروج حينئذ ، وحرم على الزوج منعها من أداء هذا الواجب ، حتى لو كان والدها غير مسلم .

وإذا خرجت تحتم عليها أن تخرج وهي متمسكة بتعاليم الإسلام من حيث عدم التعطر ، ولا تلبس من الملابس مايظهر مفاتنها ويلفت الأنظار إليها ، بل تكون متحشمة وقورة .

٣- ولاية التأديب : الأصل في هذا الحق ما أشار إليه قوله سبحانه ﴿ **الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيراً** ﴾ (١) .

فهذه الآية في الحقيقة هي الأصل في كل حقوق الزوج على زوجته ، فالله عز وجل جعله قواما عليها بمعنى أن يقوم على أمرها ، كما يقوم الولي على رعيته ، بالأمر والنهي والتوجيه والتأديب .

فالزوجة المطيعة القانتة لاسبيل للزوج عليها إلا أن يحسن عشرتها ويعاملها

---

(١) النساء / ٣٤ .

بالمعروف .

أما الزوجة الأخرى ، فقد بينت الآية الكريمة طرق علاجها وإصلاحها وتقويمها حتى تعود إلى الطريق المستقيم من الطاعة والقرار في البيت والقيام على شئون البيت والأولاد ووسائل العلاج كما بينتها الآية الكريمة ثلاث :

الأولى : الوعظ :

الموعظة الحسنة مرحلة إصلاحية تسبق النشوز الفعلي فعندما يلاحظ الزوج أمارات النشوز في تصرفات زوجته يبادر الزوج في توجيهها الوجهة السليمة ، بأن يعظها الموعظة الحسنة ، ويذكرها بأقوال الرسول – صلى الله عليه وسلم – في هذا المجال – وهي كثيرة –كقوله – صلى الله عليه وسلم – [إذا صلت المرأة خمساً ، وصامت شهراً ، وحفظت فرجها ، وأطاعت زوجها قيل لها : أدخلي الجنة من أي باب شئت] [(١)] .

فإن لم تنفع هذه الوسيلة انتقل إلى الثانية .

الثانية : الهجر في المضاجع :

ويقصد من الهجر في المضاجع الابتعاد عنها ، بأن يوليها ظهرها إن كانا على سرير واحد ، أو في بيت في الحجرة ولكن كل على سرير آخر ، أو في نفس البيت ولكن في حجرة أخرى .

هذا هو الهجر المشروع علاجا وتأديبا للمرأة المكابرة والمعاندة التي لم يصلح معها الإرشاد والتوجيه طريقا لعلاجها .

---

(١) رواه ابن حبان في صحيحه ، وأحمد في مسنده – مسند أحمد ١٩١/١ .

أما الهجر خارج البيت فهو غير مشروع ، والنص القرآني الكريم جاء حاسما في هذا قال سبحانه : ﴿ واهجروهن في المضاجع ﴾ وبين الرسول – صلى الله عليه وسلم – هذا الحكم بيانا واضحا حين قال : [ولا تهجر إلا في البيت] ولكن يشترط فيه ألا تزيد مدته عن أربعة أشهر ، وهي مدة الإيلاء ، حيث لايحل له الهجر بعد ذلك ، فإن كانت محبة له راغبة فيه شق عليها ذلك فترجع إليه ، وإن كانت مبغضة له ظهر نشوزها وكان لابد الانتقال إلى الوسيلة الأخيرة .

الثالثة : الضرب :

والضرب هو الوسيلة الأخيرة – بعد الوعظ والهجر ، وهو هنا الضرب المباح اليسير لأن المقصود منه التأديب وهذا يحصل بالضرب الخفيف ، وأن يتقي الوجه ، وكذلك الأماكن القاتلة ومواضع الحسن فيها ، وقد روى أن النبي – صلى الله عليه وسلم – سأله رجل بقوله : [ماحق المرأة على الزوج ؟ فقال : تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ، ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت) [1] .

وحينما يبيح الإسلام للزوج أن يضرب زوجته من أجل التأديب ، لأن هناك من النساء من لا يفيد معها إلا هذا ، وكما هو واضح فإنه المرحلة الأخيرة بعد الوعظ والهجر ، فأي امرأة لم يفلح معها الوسيلتان السابقتان ، فلا يليق بها إلا هذا .

ونصت المادة – ٤٠ – من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على الآتي :

حقوق الزوج على زوجته :-

١- العناية به وطاعته بالمعروف باعتباره رب الأسرة .

---

(١) نيل الأوطار ٢١١/٦ .

٢- الإشراف على البيت ، وتنظيم شئونه ، والحفاظ على موجوداته .

٣- رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع] .

الحقوق المشتركة بين الزوجين :-

تتميماً للحقوق التي للزوجة على زوجها ، وللزوج على زوجته ، كان ولابد من الإشارة إلى الحقوق المشتركة بينهما ، وأهمها مايلي :

١- حق الاستمتاع : فلكل واحد منهما حق الاستمتاع بصاحبه بل يجب على الزوج ديانة أن يعف زوجته ، ويبعدها عن الوقوع في الحرام ، كما لايجوز للمرأة أن تمنع زوجها إلا إذا وجد عذر شرعي ، لأنه يجب عليها أن تعف زوجها كذلك ، وفي ذلك يقول - صلى الله عليه وسلم - [إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى تصبح] (١) ، ويقول - صلى الله عليه وسلم - [إذا دعا الزوج امرأته إلى فراشه فلم تأته فبات غضبان عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح] (٢) .

وأساس هذا الحق قوله سبحانه : **﴿ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ﴾** (٣) . وقوله سبحانه **﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم ...﴾** (٤) .

وقد تعددت أراء الفقهاء بالنسبة لهذا الأمر ولكن الذي اختاره هو أن على الزوج الاتصال بزوجته بمقدار مايعفها ويبعدها عن الحرام ، وأضيف كذلك بقدر استطاعته حيث أنه الذي يتمشى مع النصوص .

---

(١) رواه أحمد في مسنده والبخاري ومسلم - صحيح مسلم ٣/٦١٠ .

(٢) صحيح مسلم ٣ / ٦١١ .

(٣) الروم / ٢١ . (٤) المؤمنون / ٥ .

٢- **ثبوت النسب** : من ثمرات الاستمتاع الجنسي بين الزوجين - غالبا ما يكون الأولاد ، ومن حقهما أن تنسب الأولاد إليهما ، كما من حق هؤلاء أن ينتسبوا اليهما أيضا ، لهذا قد حرم ا لله سبحانه وتعالى على الأزواج أن ينكروا أبوتهم لأولادهم، كما حرم على الزوجات أن ينسبن إلى الأزواج من ليس منهم ، وحرم على الأولاد انتسابهم إلى غير آبائهم .

﴿ أدعوهم لآبائهم ﴾ .

٣- **حرمة المصاهرة** : بمعنى أن العقد على المرأة يحرم على الرجل أصولها بمجرد هذا العقد عليها ، ولكن فروعها لاتحرم عليه إلا بالدخول بها ، وكذلك تحرم هذه الزوجة على أصول الزوج وفروعه بمجرد العقد عليها ، سواء دخل بها أم لم يدخل ، وقد سبق توضيح هذا في المحرمات من النساء .

٤- **التوارث بين الزوجين** : إذا عقد رجل على امرأة فقد أصبحت حلالا له وأصبح حلالا لها ، وكانت هناك صلة ورابطة قوية تربط بينهما هذه الصلة هي المصاهرة ، وكان من فضل ا لله تعالى حتى تقوى هذه الصلة أن جعل من حق الزوجين أن يرث أحدهما الآخر إذا مات ، بشرط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، ولم يكن هناك مانع من موانع الميراث كالقتل .

وقد نصت المادة - ٣٨ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون على الحقوق المشتركة بين الزوجين ونصها :

[الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين :

١- حل استمتاع كل من الزوجين بالزوج الآخر فيما أباحه الشرع .

٢- إحصان كل منهما الآخر .

٣- المساكنة الشرعية .

٤- حسن المعاشرة ، وتبادل الاحترام والعطف ، والمحافظة على خير الأسرة .

٥- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة .

٦- احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وأهله الأقربين] .

وبهذا يتضح أن المشروع لم ينص على حرمة المصاهرة ، وعلى التوارث بين الزوجين .

القسم الثاني
" فـــــي الطـــــلاق "

وفيه تمهيد ومباحث سبعة :

التمهيد : في الفرق بين الفسخ والطلاق ، ومتى تكون الفرقة فسخا ، ومتى تكون طلاقا ، الفرق التي تتوقف على القضاء والتي لاتتوقف على القضاء .

أما المبحث الأول : في تعريف الطلاق ، ومشروعيته ، وحكمة تشريعه ، الطلاق بين الحظر والإباحة .

وأما المبحث الثاني : في أركان الطلاق .

وأما المبحث الثالث : في العدد المشروع للطلاق وكيفية إيقاعه .

وأما المبحث الرابع : في أنواع الطلاق وحكم كل نوع .

وأما المبحث الخامس : في الخلع ، والإيلاء ، والظهار ، واللعان .

وأما المبحث السادس : في التفريق للعيب ، والتفريق للضرر .

وأما المبحث السابع : في العدة وأحكامها .

التمهيـــد :-

الفرق بين الفسخ والطلاق :-

قبل الحديث عن الفرق بين الفسخ والطلاق ، لابد وأن أشير إلى أن الحياة الزوجية قد تنتهي بين الزوجين إما بالفسخ أو بالطلاق ، وهذا يكون إذا انتهت الحياة الزوجية حال حياتهما .

وقد تنتهي هذه الحياة الزوجية بوفاة أحد الزوجين ، أو بوفاتهما معا .

وقد نصت المادة – ١٠٣ – من مشروع قانون الامارات على الآتي : [ينتهي عقد الزواج بالطلاق أو بالفسخ أو الوفاة] .

يختلف الفسخ عن الطلاق من ثلاثة أوجه :

الأول : حقيقة كل منهما : فالفسخ : نقض للعقد من أساسه وفي نفس الوقت فهو إزالة للحل الذي يترتب عليه ، أما الطلاق : فهو إنهاء للعقد ولكنه لايزيل الحل إلا إذا كان بعد البينونة الكبرى .

الثاني : أسباب كل منهما : الفسخ قد يكون بسبب حالات طارئة على العقد تنافي الزواج وقد يكون مجالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل . فالحالات الطارئة : كردة الزوجة أو إبائها الاسلام ، أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو إبنتها ، أو بين الزوجة وأبي زوجها أو ابنه مما يحرم المصاهرة ، وهذا منافي للزواج .

أما الحالات المقارنة : مثل أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين ، وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية ، فالعقد هنا غير لازم .

أما الطلاق : فلا يكون إلا بعد عقد صحيح لازم ، وهو من حقوق الزوج ، فليس فيه مايتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه .

الثالث : أثر كل منهما : من المعلوم أن الفسخ لاينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل ولكن الطلاق ينقص به عدد الطلقات .

وكذلك فرقة الفسخ في عدتها لايقع طلاقا ، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام ، فيقع فيها عند الحنفية طلاق من أجل الزجر والعقوبة ، أما عدة

الطلاق فإنه يقع فيها طلاق آخر ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج . ثم ان الفسخ قبل الدخول لايوجب للمرأة شيئا من المهر ، ولكن الطلاق قبل الدخول إذا كانت هناك مهر مسمى وجب نصفه فإذا لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة .

متى تكون الفرقة فسخا ومتى تكون طلاقا [1] ؟

ذهب الحنفية [2] . إلى القول بأن الفرقة تكون فسخا في الآتي :

١- إذا فرق القاضي بين الزوجين وكان هذا بسبب إباء الزوجة الإسلام بعد إسلام زوجها المشرك أو المجوسي لأن المشركة لاتصلح لنكاح المسلم ، وقد جاءت الفرقة من قبلها ، ومعلوم أن الفرقة من جهة المرأة لاتصلح طلاقا ، فتكون فسخا . أما إن كان الإباء من الزوج ، فتكون الفرقة طلاقا في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفسخا في قول أبي يوسف .

٢- ردة أحد الزوجين .

٣- تباين الدارين حقيقة وحكما : وهذا يكون بخروج أحد الزوجين مسلما أو ذميا ، وقد ترك الآخر كافرا في دار الحرب قياسا على الردة لعدم التمكين من الانتفاع عادة . أما إذا خرج أحدهما مستأمنا وبقي الآخر كافرا في دار الحرب فلا تقع الفرقة . وقال غير الحنفية : لاتقع الفرقة باختلاف الدارين .

٤- التفريق من أجل عدم الكفاءة أو لنقصان المهر : وكذلك تكون الفرقة فسخا إذا كان التفريق لعدم وجود الكفاءة أو كان المهر ناقصا ، لأنها فرقة حصلت

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٣٤٩/٧ ومابعدها .

(٢) البدائع ٣٣٥/٢ - ٣٤١ ، رد المحتار لأبن عابدين ٥٧٢/٢ ، فتح القدير ٣ / ٢٢ .

لامن جهة الزوج ، لذلك لايمكن أن يكـون ذلك طلاقا ، لأن ولاية الطلاق للـزوج وحده ، فوجب أن يكون فسخا ، ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضي كالفسخ بخيار البلوغ .

٥- خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة : وتكـون هـذه الفرقـة عنـد القـاضي - أي لاتقع إلا بتفريق القاضي - فإن كانت الفرقة بسبب اختيار المرأة نفسها لعيـب الجـب والعنة والخصاء والخنوثة ، فهي فرقة بطلاق عن طريق القاضي .

٦- خيار العتق : بمعنى أن تعتـق الأمـة ولكـن زوجهـا مـازال عبـدا ، فلهـا الخيار بالبقاء أو إنهاء الزواج ، والفرقة تثبت بنفس الاختيار ، لأن الفرقة هنـا وقعـت بسبب وجد منها وهو اختيارها لنفسها ،واختيارها نفسـها لايمكـن أن يكـون طلاقـا ، لأنها لاتملك الطلاق إلا إذا مُلكِّت كالمخيَّرة .

وما عدا ذلك من أنواع الفرق التي تكون من قبل الـزوج أو بسـبب منـه يكـون طلاقا ، ومنه المخالعة .

وبهذا يكون الضابط الذي يتميز به الفسخ عن الطلاق عند أبي حنيفـة ومحمـد : هو أن كل فرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسخا ، وكل فرقة من جـانب الرجـل أو بسبب منه مختص بالزواج فهي طلاق ، ولكن أبا حنيفة خلافا لمحمد يعتبر الفرقة بسبب ردة الزوج فسخا ، لأنه يرى أن الردة مثـل المـوت حيـث أن صاحبهـا مهـدر الدم ، فهي شبيهة الفرقة بالموت ، والفرقة بالموت لايمكـن أن تكـون طلاقـا ، وبهـذا يظهر أن الغالب كون الفرقة طلاقاً .

[الفُرَق التي تتوقف على القضاء والتي لاتتوقف عليه :

قد تحتاج الفرقة سواء أكانت طلاقا أم فسخا الى قضاء القاضي ، وقـــد

لا تحتاج .

أما الفرق التي تتوقف على القضاء فهي نوعان : فرق الطلاق وفرق الفسخ .

[فُرَق الطلاق المتوقفة على القضاء] :-

وتكون عند الحنفية في الحالات الآتية :

١- الفرقة بسبب اللعان ولكن المالكية في المشهور قالوا : إنها لاتتوقف على القضاء .

٢- الفرقة بسبب عيوب الزوج وهي الجب والعنة والخصاء ، ولكن العقد هنا يفسخ عند الجمهور بسبب هذه العيوب أو عيب الرتق والقرن ونحوهما في الزوجة ، بعد رفع الأمر للقاضي .

٣- الفرقة بسبب إباء الزوج الاسلام عند أبي حنيفة ومحمد .

أما فُرَق الطلاق غير المتوقفة على القضاء فهي :

١- الفرقة بلفظ الطلاق ، ومنه أن يفوض أمر الطلاق للزوجة بالاتفاق .

٢- الفرقة بسبب الإيلاء عند الحنفية والمالكية .

٣- الفرقة بالخلع عند الجمهور بخلاف الحنابلة .

[وأما فُرَق الفسخ المتوقفة على القضاء فهي] :

١- الفرقة التي تكون لعدم الكفاءة .

٢- الفرقة التي تكون لنقصان المهر عن مهر المثل .

٣- الفرقة بسبب إباء أحد الزوجين الإسلام إذا أسلم الآخر ، ومعلوم أن الفرقة بسبب إباء الزوجة هذا أمر متفق عليه ،أما بسبب إباء الزوج فهو متفق عليه

خلافا لأبي حنيفة ومحمد ولكن عند أبي يوسف فهي فسخ .

٤- الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية إذا كان المزوج لهما في الصغر غير الأب والجد .

٥- الفرقة بسبب خيار الإفاقة من الجنون عند الحنفية إذا كان المزوج لأحد الزوجين غير الأب والجد والابن .

[وأما فُرَق الفسخ غير المتوقفة على القضاء فهي] (١) :

١- الفسخ الذي يكون سببه راجعا إلى فساد العقد في أصله مثل الزواج بغير شهود ، وكذلك الزواج بالأخت .

٢- الفسخ الذي يكون بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة .

٣- الفسخ الذي يكون بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولكن إن ارتدا الزوجان فلا يفرق بينهما بمجرد الردة وهذا هو الراجح عند الحنفية .

٤- الفسخ الذ يكون نتيجة لخيار عتق الزوجة .

٥- الفسخ الذ يكون سببه ملك أحد الزوجين للآخر .

وبعد هذا يلاحظ أمران :-

الأول :- أن الفرقة بسبب الاتصال الذي ترتب عليه حرمة المصاهرة توجب حرمة مؤبدة ، ولكن الفرقة بسبب خيار البلوغ أو الردة أو الإباء عن الإسلام أو ملك

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٣٥٥/٧ .

أحد الزوجين للآخر توجب حرمة مؤقتة . وأما فرقة اللعان فيترتب عليها حرمة مؤبدة عند المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ، ولكنها تكون حرمة مؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد إذا خرج أحد الزوجين عن أهلية اللعان ، أو كذب الرجل نفسه فيما قذف به المرأة .

الثاني :- كل فرقة تكون من جهة الزوجة تؤدي الى سقوط المهر عند الحنفية إلا إذا تأكد العقد بالدخول أو الخلوة ، فإن كانت الفرقة من الزوج أو بسببه ، فلا تسقط شيئا للزوجة حالة الدخول أو عدمه [1] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٣٤٨/٧ - ٣٥٠ ، ٣٥٤ - ٣٥٦ .

" المبحث الأول "

في تعريف الطلاق ، ومشروعيته ، وحكمة تشريعه ، الطلاق بين الحظر والإباحة ، لماذا كان الطلاق بيد الرجل ؟

تعريف الطلاق :

الطلاق لغة : الترك والمفارقة يقال : طلق البلاد أي تركها وفارقها .

ويطلق أيضا – على رفع القيد مطلقا أي سواء أكان حسيا كقيد الفرس أم معنويا كقيد الزوج [(١)] .

وفي الاصطلاح : رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من طلق أو مافي معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالةصادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه .

فيرتفع قيد النكاح في الحال إذا كان الطلاق بائنا ، أو في المآل إذا كان الطلاق رجعيا [(٢)] .

والذي في معنى اللفظ في الطلاق هو الكتابة أو الإشارة المفهمة وكذلك قول القاضي . ويخرج بقيد اللفظ فسخ عقد الزواج ، فإنه وإن كان يحل قيد الزواج ولكنه لايكون بلفظ من ألفاظ الطلاق .

مشروعية الطلاق :

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح**

---

(١) مختار الصحاح ص ٣٩٦ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠١/٢ ، المبسوط للسرخسي ٢/٦ .

بإحسان ﴾ [1] . وقوله سبحانه : ﴿ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء .... ﴾ [2] .

وأما **السنة :** فقد وردت فيها أحاديث كثيرة منها :

قوله – صلى الله عليه وسلم – [إنما الطلاق لمن أخذ بالساق] [3] . وقوله – صلى الله عليه وسلم – [أبغض الحلال إلى الله الطلاق] [4] .

فهذه الآيات والأحاديث كلها تدل على مشروعية الطلاق في الإسلام ، وعلى هذه المشروعية انعقد الإجماع منذ عصر الصحابة والتابعين وعلماء الإسلام إلى يومنا هذا .

وقد نصت المادة – ١٠٣ – من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[ينتهي عقد الزواج بالطلاق ، أو بالفسخ ، أو الوفاة] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة –٨٢– على الآتي :

[تقع الفرقة بين الزوجين :

١– بإرادة الزوج وتسمى طلاقا .

٢– بإرادة الزوجين وتسمى مخالعة .

٣– بحكم القضاء وتسمى تطليقا أو فسخا .

٤– بوفاة أحد الزوجين) .

حكمة التشريع [5] :–

العلاقة الزوجية لاتظل على حالة واحدة فقد يعتريها من الأمور ما يجعل

---

(١) البقرة / ٢٢٩ . (٢) البقرة / ٢٣٠ .

(٣) نيل الأوطار ٦ / ٢٣٨ . (٤) نيل الأوطار ٦ / ٢٢٠ .

(٥) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ٢٠٣ ، ٢٠٥ .

الحياة بين الزوجين مصدر شقاء وشقاق .

فقد يتبين للرجل أنـه قد أخطأ في اختيـار شريكة حياتـه ، فـيرى أخلاقا وطباعا تخالف أخلاقه وطباعه ولا يستطيع أن يتلائم معهـا ، وقـد تـرى الزوجـة مـن زوجها قسوة في المعاملة أو قد ترى مالا يرضيها من سلوكه وأخلاقه بحيث لـو عرفـت ذلك قبل الزواج مارضيت به زوجاً .

وقد يجد أحدهما صاحبه عقيمـا لايرجـي منـه نسـل ، وقـد يصـاب أحدهمـا بمرض معدٍ أو منفـر ممـا لايسـتطيع معـه دوام العشـرة الزوجيـة فتصعـب أو تسـتحيل المعاشرة بالمعروف التي أمر ا لله بها ، وربما كانت هناك أسباب أخرى غير هذه .

من أجل هذا شرع ا لله سبحانه وتعالى الطلاق حين تضطرب الحيـاة الزوجيـة ولم يعد ينفع فيها نصح ولا صلح ، لأن الاستمرار هنا هو حكـم علـى الزوجـين بحيـاة لايرضى بها الإسلام ، بل ربما – غالبا – تؤدي هذه الحياة إلى ارتكاب ماحرم ا لله . يقول سبحانه : ﴿ **وإن يتفرقا يغن ا لله كلا من سعته** ﴾ (١) .

الطلاق بين الحظر والإباحة :-

[١- الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج ولكل تصرف حكـم شرعي حسب أمر الشارع له أو النهي عنـه ، لـذا تعـتري الطـلاق الأحكـام التكليفيـة الخمسة وهي :

الوجوب ، والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والإباحة .

فالطلاق الواجب : كطلاق المولى بعد التربص إذا أبا الفيئة ، وطلاق الحكمـين

(١) النساء / ١٣٠ .

في الشقاق إذا رأيا ذلك .

والمندوب : كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كسيئة الخلق أو كانت غير عفيفة !

والمكروه : كطلاق مستقيمة الحال .

والحرام : فهو الطلاق البدعي لحصول الضرر به كأن يطلقها وهي حائض أو في طهر جامعها فيه .

والمباح : كطلاق من لا يهواها .

والملاحظ أن الطلاق حين تعتريه هذه الأحكام فتجعلـه واجباً أو مندوباً ، أو محرما أومكروها ، أو مباحاً كل ذلك يرجع لأمور خارجة عن الأصل فيه فقد وجدت حاجة تدعوا إليه .

٢- أما عند عدم وجود حاجة إلى الطلاق ، فهل يكون مباحا أو محظورا ؟] [١] .

اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :-

الأول : وإليه ذهب الحنفية فقد قالوا :

الأصل في الطلاق الإباحة ، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ﴾ [٢] .

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي ٢/٣٦١ ، مغني المحتاج ٣/٣٠٧ ، المغني ٨ / ٢٣٤ ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٢) الطلاق / ١ .

وقوله سبحانه : ﴿ لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ [1] . فقد أطلقت الآية الأولى ولم تقيد الطلاق بشيء والثانية نفت الجناح عن المطلق ونفي الجناح يقتضي الإباحة .

وأما السنة :

١- مارواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أن رسول الله- صلى الله عليه وسلم - طلق حفصة ثم راجعها .

٢- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) [2] .

فهذان الحديثان يدلان على إباحة الطلاق دون تقيد بشيء .

الثاني : وإليه ذهب جمهور الفقهاء فقد قالوا :

الأصل في الطلاق الحظر ، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فهو قوله سبحانه : ﴿ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ [3] .

الدليل من هذه الآية : أن الطلاق بدون حاجة تدعو إليه بغي وظلم وهذا لايجوز في الشريعة الإسلامية ، وهو مانهت عنه هذه الآية الكريمة .

وأما السنة :

١- عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : أبغض الحلال إلى الله الطلاق) [4] .

٢- وقوله - صلى الله عليه وسلم - (تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لايحب

---

(١) البقرة / ٢٣٠ .
(٢) نيل الأوطار ٦ / ٢٣٨ .
(٣) النساء / ٣٤ .
(٤) نيل الأوطار ٦/ ٢٢٠ .

الذواقين ولا الذواقات) [1] .

٣- وقوله - صلى ا لله عليه وسلم - (ماحلف بالطلاق مؤمن وما استحلف به إلا منافق) [2] .

فهذه الأحاديث واضحة الدلالة ، على أن الطلاق أمر يبغض فيه الإسلام وينفر منه ، وهذا يدل على أنه لايباح إلا لحاجة .

ثم إن الزواج نعمة من نعم ا لله تعالى لما فيه من مصالح الدين والدنيا ، يقول ا لله سبحانه : ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة** ﴾ [3] . وفي الطلاق كفران لهذه النعمة وقطع لهذه الصلة والمودة والرحمة .

وسواء قلت بترجيح الحظر أم الإباحة فموضع الإتفاق بين الفقهاء هو أن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت مثارا للفتن ومحلا للأحقاد والضغائن ومضيعة للتآلف والتواد ، وذلك تخفيف من ا لله ورحمة .

---

(١) رواه الطبراني عن أبي موسى كشف الخفاء ٢٥١/١ :

(٢) رواه ابن عسكر عن أنس كشف الخفاء ٣٠٢/٢ .

(٣) الروم / ٢١ .

المبحث الثاني
" في أركان الطلاق "

ذهب الحنفية (1) . إلى القول : بأن ركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة ، أو شرعا ، أو ما يقوم مقام اللفظ من الإشارة وذهب جمهور الفقهاء (2) ، إلى القول بأن أركان الطلاق : خمسة وهي : مطلق ، وصيغة ، ومحل وولاية ، وقصد .

والمراد بالركن : ماكان جزءاً من حقيقة الشيء ، ولا يتحقق هذا الشيء إلا بوجود وركنه .

الركن الأول : المطلق (3) :-

الأصل في الطلاق أن يكون بيد الزوج وذلك لعموم آيات الطلاق في القرآن الكريم – والتي سبقت – ولقوله – صلى الله عليه وسلم – [إنما الطلاق لمن أخذ بالساق] .

فالخطاب في الآيات القرآنية التي سبق ذكرها أكثر من مرة .

وكذلك هذا الحديث موجه للأزواج .

فالذي يملك الطلاق إنما هو الزوج متى كان بالغا عاقلا ، ولا تملكه الزوجة إلا بتوكيل من الزوج أو تفويض منه ، ولا يملكه القاضي إلا في أحوال خاصة للضرورة .

---

(1) البدائع ٩٨/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦١/٧ .

(2) الشرح الكبير ٣٦٥/٢ ، مغني المحتاج ٢٧٧/٣ ، غاية المنتهى ١١٢/٣، نظام الأسرة ٢٠٧ ومابعدها.

(3) نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ٢٠٧ ومابعدها .

جعل الطلاق بيد الرجل :

الحكمة التي من أجلها جعلت الشريعة الاسلامية الطلاق بيد الزوج لابيد الزوجة ، هي الحفاظ على الزواج وتقدير لمخاطر إنهائه بنحو سريع غير متئد ، لأن الرجل الذي يدفع المهر وينفق على الزوجة والبيت عادة مايكون أكثر تقديرا لعواقب الأمور ، وأبعد عن الطيش في تصرف يلحق به ضررا كبيرا ، لذلك كان أولى من المرأة بإعطائه حق الطلاق لأمرين :

الأول : غالبا ماتكون المرأة أشد تأثرا بالعاطفة من الرجل ، فإذا ملكت الطلاق فربما أسرعت به وأوقعته لأسباب قليلة لاتستحق أن تهدم الحياة الزوجية من أجلها .

الثاني : إن الطلاق يستتبعه أمور مالية من دفع مؤجل للصداق ونفقة العدة والمتعة ، وكذلك مهر جديد لزوجة جديدة ، وهذه التكاليف المالية من شأنها أن تحمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق ، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية .

وأما الزوجة فلا تتضرر ماليا بالطلاق فلا تتروى في إيقاعه بسبب سرعة تأثرها وانفعالها .

هذا وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة ، حيث تتنافى مع ماهو مقرر شرعا ، ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له ، فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي ، وليس ذلك في مصلحة المرأة نفسها ، لأن الطلاق قد يكون لأسباب سرية ليس من الخير إعلانها ، وإذا أصبح الطلاق بيد القاضي انكشفت أسرار الحياة الزوجية بنشر الحكم وتسجيل أسبابه في سجلات القضاء .

وقد يفسر إثبات الأسباب لنفور طبيعي وتباين أخلاقي [1] .

وقد نصت المادة – ١٠٥ – .من مشروع قانون الامـارات علـى أنـه : [لايقـع الطلاق إلا من الزوج ، أو ممن يملكه الزوج إيقاعه] .

ومشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ٨٤ – علـى الآتـي : [يقـع الطلاق من الزوج ، أو من وكيله بوكالة خاصة ، أو من الزوجة إن ملكها الـزوج أمـر نفسها] .

وواضح أن معنى المادتين واحد .

شروط المطلق :

يشترط في المطلق : أن يكون زوجا بالغا عاقلا مختـارا . وهـذا باتفـاق الفقهـاء ولكن قد روي في مذهب الامام أحمد جواز طلاق الصبي إذا كان يعقل معنى الطلاق .

فلا يصح الطلاق من غير زوج ولا من صبي مميز أو غير مميز خلافـا للحنابلـة الذين أجازوا طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين بأن يعلـم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها [2] .

ولا يصح طلاق المجنون ومثله المغمي عليه والمدهوش ، وهو الذي اعترته حالة الانفعال لايدري فيها مايقول أو يفعل بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب ، لقوله – صلى ا لله عليه وسلم – [لاطلاق في إغلاق] [3] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٣٦٠/٧ ، ٣٦١ .

(٢) المغني ٢٥٨/٨ .

(٤) رواه أحمد وأبو داود عن عائشة نيل الأوطار ٢٣٥/٦ .

والإغلاق : كل مايسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها .

ودليل اشتراط التكليف – البلوغ والعقل – في المطلق قوله : – صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق [1] .

وقوله : – صلى الله عليه وسلم – : [كل طلاق جائز الاطلاق الصبي والمجنون] [2] .

ولأن الطلاق تصرف يحتاج إلى ادراك كامل وعقل وافر وهذا لايتوافر في الصبي والمجنون ، ولأن الطلاق تصرف ضار فلا يملكه الصبي ولو كان مميزا [3] .

١– طلاق المرتد : .

المرتد : [هو الخارج عن الاسلام : فإن طلق زوجته بعد الدخول فطلاقه موقوف وإن أسلم في العدة تبينا وقوعه ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة أو ارتد قبل الدخول ، فطلاقه باطل لانفساخ النكاح قبله باختلاف الدين] .

٢– طلاق السفيه :

السفيه : هو خفيف العقل الذي يتصرف في ماله على خلاف مقتضى العقل السليم .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على صحة طلاق السفيه ونفاذه إذا كان بالغا ولو لم

---

(١) رواه أحمد وأبو داود عن علي وعمر الجامع الصغير ٢٤/٢ .

(٢) الحديث قال عنه الزيلعي : حديث غريب نصب الراية ٢١١/٣ .

(٣) فتح القدير ٣٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٧٩/٣ .

يإذن له وليه ، لأن موضع الحجر إنما هو في التصرفات المالية والطلاق وأثره ليس من التصرفات المالية . والرشد ليس شرطاً لوقوع الطلاق [1] .

وقد خالف الجمهور الشيعة الإمامية بمعنى أن طلاق السفيه لايقع إلا بعد أن يأذن القيم به ، لأن الطلاق يترتب عليه حقوق مالية والسفيه ممنوع من التصرفات المالية ، فوجب أن يكون موقوفا حتى يجيز القيم .

ولا شك أن ما قال به الجمهور هو الراجح ، لأن الطلاق حق شخصي للزوج لايشاركه فيه أحد ، ولا يصح إلا منه ، فيكون صحيحا وواقعاً كما قال بذلك الجمهور .

ولم يتعرض مشروع الإمارات وكذلك مشروع دول مجلس التعاون ، لطلاق السفيه ، وهذا معناه أن الطلاق يقع منه – كما قال الجمهور – وليس في حاجة إلى إذن وليه

٣- طلاق الغضبان :

ذهب الفقهاء إلى أن طلاق الغضبان لايقع إذا اشتد الغضب به حتى يصل إلى درجة لايدري فيها مايقول ويفعل ، أو وصل به الغضب إلى درجة يغلب عليه فيها الخلل والاضطراب في أقواله وأفعاله وهذه حالة نادرة .

واستدلوا على ذلك :

بما روته السيدة عائشة – رضي الله عنها – عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال : [لاطلاق ولا عتاق في إغلاق] [2] . وفسر الإغلاق بالغضب .

---

(١) الشرح الكبير ٤٢٦/٢ ، مغني المحتاج ٢٧٨/٣ ، المغني ٢٥٨/٨ .

(٢) نيل الأوطار ٢٣٥/٦ .

فإن ظل الشخص في حالـة وعـي وإدراك – عنـد غضبـه – لما يقـول فيقـع طلاقه ، وهذا هو الغالب في كل طلاق يصدر عن الرجـل ، لأن الغضبـان لايسقط عنـه التكليف في حال غضبه بمعنى أن مايصدر منه فهو مسئول عنه مثـل لـو قتـل نفسـا أو أخذ مال الغير بغير حق وغير ذلك ، فهو مسئول عن كل هذا .

٤- طلاق المكره :

إذا أكره شخص بغير حق على أن يطلق زوجتـه ، فهـل يقـع الطـلاق الـذي صدر منه وتلفظ به أم لا ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

الأول : ذهب الحنفية إلى القول : بوقوع طلاق المكره .

واستدلوا على ذلك بقوله سبحانه : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعـد حتـى تنكح زوجا غيره ﴾ [١] .

فقد قالوا : بأن الآية لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق المختار [٢] .

واستدلوا كذلك : بأن المكره حينما تلفظ بالطلاق كان قاصدا للفظ ومختـارا له ، وكل مافي الأمر أنه غير راض بالأثر المترتب علـى الطـلاق ، وهـذا ليـس مانعـا مـن وقوعه قياسا على الهازل ، ومعلوم أن الهازل طلاقه واقع – كما سيأتي – بـالحديث الذي نص على ذلك .

الثاني : وهو ماذهب إليه الجمهور ، من أن طلاقه لايقع :

واستدلوا على ذلك :

---

(١) البقرة / ٢٣٠ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠٠/٣ ، فتح القدير ٣٩/٢ .

أولا : بقوله سبحانه : ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ... ﴾ [1] .

فقد دلت هذه الآية ووضحت على أنه سبحانه وتعالى وضع عن الناس الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم على خلاف ذلك بسبب ماأكرهوا عليه ، كما دلت – من باب أولى – على سقوط حكم ماكان دون الكفر .

ثانيا : بقوله – صلى الله عليه وسلم – [إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] [2] .

فهذا الحديث واضح الدلالة على أنه لايتعلق مع الإكراه حكم .

والراجح : هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء مع عدم وقوع طلاق المكره لقوة أدلتهم ، ثم ان المكره لم يقصد وقوع الطلاق وإنما قصددفع الأذى عن نفسه .

وأما ماستدل به الحنفية من الآية : وهو قولهم إن الآية لم تفرق بين مكره وغير مكره فمسلم ولكن هذه الآية مطلقة قيدتها السنة الصحيحة مثل الحديث السابق .

شروط الاكراه :

اشترط الجمهور لعدم وقوع الطلاق بالإكراه أربعة شروط :

١- أن يكون الإكراه بغير حق . أما إذا كان الإكراه بحق مثل اكراه القاضي له من أجل حق ثبت للزوجة بطلاق وأبى الزوج ذلك فأجبره القاضي على الطلاق فطلاقه صحيح وواقع .

---

(١) النحل / ١٠٦ .

(٢) رواه ابن ماجة في سننه عن أبي ذر ٢٢٢/١ .

٢- أن يكون المكره - بكسر الراء - قادرا على أن يحقق مايهدد به أو أن يشعر المكره بفتح الراء - بذلك أن مايهدد به سوف يلحق به .

٣- ألا يستطيع المكره دفع الإكراه عن نفسه .

٤- أن يكون بما يكره عليه ضرر يصيبه في نفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس [(١)] .

وقد أخذ برأي الجمهور قانون الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م والمعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م بأن طلاق المكره لايقع . فقد جاء في المادة رقم (١) لايقع طلاق السكران والمكره [(٢)] .

٥- طلاق السكران :

السكران : هو الذي وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام وبعد إفاقته لايعي ماصدر منه حال سكره وهو إما متعد بسكره أم لا .

فإن كان غير متعد بسكره بأن كان سبب السكر أمر ا مباحا كمن شرب الخمر للضرورة أو شربها مكرها أو تناول شيئا قد تخمر وهو لايدري ، إلى غير ذلك من هذه الحالات . فهذا طلاقه لايقع كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

لأنه في هذه الحالة قد فقد الإدراك والقصد عنده ، لذلك لايُعول على كلامه ، وهو في هذه الحالة شبيه بالنائم بل هو أشد منه ، لأن النائم يدرك عند إيقاظه أما

---

(١) المغني ٨ / ٢٦١ .

(٢) قانون الأحوال الشخصية طبقاً لأحدث التعديلات ص ٤ صادر عن الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية سنة ١٩٨٥م ، نظام الأسرة لأساتذة كلية الشريعة ٢١٢ ، ٢١٣ .

السكران فلا يدرك شيئا إلا بعد ذهاب تأثير المادة المخدرة ، وإذا كان النائم لايقع طلاقه فمن باب أولى كان السكران .

أما إن كان متعديا بسكره بأن شرب الخمر وهو عالم بها متعمدا مختارا ، أو تناول المخدر من غير حاجة أو ضرورة .

فقد أختلف الفقهاء في هذا :

ذهب الجمهور : إلى القول : بوقوع طلاقه عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعصية ، ولأنه تناوله باختياره من غير ضرورة .

وذهب بعض الفقهاء : وهم الظاهرية وبعض الحنفية والمالكية والشافعية ورواية في مذهب أحمد إلى القول : بعدم وقوع طلاق السكران متعديا كان أم لا ، وذلك لعدم توافر القصد والوعي والإرادة الصحيحة لديه فهو زائل العقل كالمجنون وفاقد الإرادة كالمكره فتصبح عبارته ملغاة لا أثر لها .

وللسكر عقوبة أخرى وهي الحد فلا مسوغ لضم عقوبة أخرى عليه [1] .

والراجح هو ماذهب إليه الراي الأخير لأن السكران – وإن كان آثما – فهو لايدري مايقول وما يفعل فلا يقع طلاقه سواء أكان متعديا بسكره أم لا ، لأنه لايجوز أن يكون التفريق بين الزوجين عقوبة لمن يتعاطى السكر ، حيث إن له عقوبة أخرى حددها الشارع له .

وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية – كما سبق – .

---

(١) فتح القدير ٤١/٣ ، شرح الخرشي ١٧٢/٣ ، المهذب ٨٢/٢ ، مغني المحتاج ٢٢٩/٣ ، المغني ٢٢٥/٨ ، المحلى لابن حزم ٢٠٨/١٠ .

وإذا كان الاختيار بعدم وقوع طلاق السكران فلا بـد إذا مـن تحديـده تحديـدا دقيقا ، لأنه ليس من المعقول أن يقال : بعدم وقوع طلاق كل سـكران . بـل يشـترط في السكران الذي لايقع طلاقه : أن يصل به السكر إلى الحد الذي لايعلم به مايقولـه ومـا تصرف به ، فحينئذ يكون فاقد الإدراك ، أما إذا كان يعي مـايقول ولـو كـان سـكران فطلاقه يقع .

وقد جرى على ذلك – عدم وقوع طلاق السكران مطلقا – العمل حيث جاء في نص المادة – ١٠٨ – من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[يشترط لوقوع الطلاق من الزوج أن يكون بالغا عاقلا مختـارا قـاصدا إلىاللفـظ الذي يقع به الطلاق واعيا مايقول :

فلا يقع طـلاق المجنـون والمعتـوه والمكـره والمخطـيء والمدهـوش والغضبـان إذا أخرجه الغضب عن عادته وصار بغضبـه كـالمكره علـى الطـلاق ، وإن كـان لاخلـل في أقواله] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ٨٥ – على :

[أ– يشترط في (المُطلق) العقل ، والاختيار .

ب– لايقع طلاق المجنون والمعتوه والسكّران والمكره ، ومن كـان فـاقد التميـيز بغضب أو غيره] والمعنى الذي وصل إليه المشروعان واحد .

الركن الثاني : القصد :

المراد بالقصد في الطلاق : هو إرادة التلفظ به ولو لم ينوه .

فهل يشترط أن يكون المطلق قاصدا الطلاق (١) . حتى يقع طلاقه أم أنه يقع من كل مكلف بمجرد أن ينطق باللفظ الدال على وقوعه ؟

اتفق الفقهاء على اشتراط القصد في الطلاق ، فلا يقع طلاق فقيه يكرره ، ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره ، لأنه لم يقصد معناه بل قصد التعليم والحكاية .

كذلك لايقع الطلاق بمجرد النية بدون لفظ ، فمن طلق زوجته في نفسه دون أن يتلفظ بشيء فلا عبرة بطلاقه ، وعلى هذا أجمع الفقهاء : لأن الطلاق لابد فيه من لفظ مخصوص يدل عليه أو مايقوم مقامه من إشارة أو كتابة ، ولقوله - - صلى الله عليه وسلم - [إن الله تجاوز عن أمتي ماحدثت به أنفسها مالم تعمل أو تكلم] . متفق عليه .

ومما يتصل بهذا الركن - القصد :

١- طلاق الهازل .

٢- وطلاق المخطيء .

طلاق الهازل : هو قصد اللفظ دون معناه ، فقد ينطق بلفظ الطلاق وهو قاصد ذلك ولكنه لايقصد وقوع الطلاق كأن تقول الزوجة - في معرض دلال أو مداعبة أو استهزاء - : طلقني فيقول لها - لاعبا أو مستهزئا - طلقتك .

فهل يقع هذا الطلاق أم لا ؟

---

(١) حاشية ابن عابدين ٨٥٤/٢ ، فتح القدير ٣٩/٣ مغني المحتاج ٢٨٧/٣ ، كشاف القناع ٢٦٣/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٠ ، الشرح الصغير ٥٤٣/٢ ، نظام الأسرة ٢١٤ ومابعدها .

اختلف الفقهاء في وقوع طلاق الهازل على قولين :

الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى القول : بوقوع طلاق الهازل :

واستدلوا على ذلك بما روى عن أبي هريرة – رضي ا لله عنه – عـن النبي – صلى ا لله عليه وسلم – قال : [ثلاث جدهن جـد وهزلهـن جـد : النكـاح والطـلاق والرجعـة] [١] . وفي رواية : [والعتاق] وفي رواية : [واليمين] .

فهذا الحديث واضح الدلالة على من طلق هازلا فطلاقه واقع ، وذلك من أجل حمل الناس على عدم اللهو واللعب في أقوالهم وتصرفاتهم ، حيث إنها ستكون نافذة عليهم وملزمة لهم ، وا لله سبحانه وتعالى قد نهى عن التلاعب بالأحكام الدينية لقوله سبحانه : ﴿ **ولا تتخذو آيات ا لله هزوا...** ﴾ [٢] . فمن لعب بها ترتب الأثر الشرعي عليها عقابا له وزجرا ، ولهذا كان وقوع طلاق الهازل .

الثاني : وهو ماذهب إليه الظاهرية وقـول غير مشـهور لمالك وأحمد وبعض الشيعة بأن طلاق الهازل لايقع ، لأنه لم يقصد تطليق زوجتـه بهـذا اللفظ الذي قالـه لهوا ولعبا .

واستدلوا على ذلك : بعموم قوله – صلى ا لله عليـه وسلم – [إنما الأعمال بالنيات ...] .

والهازل لانية له في الطلاق فلا يقع طلاقه .

وأجيب عن هذا : بأن هذا الحديث عام يخصصه الحديث السابق .

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي – سبل السلام ٣/١٧٥ .

(٢) البقرة / ٢٣١ .

وعلى هذا فإن الراجح : هو ماذهب إليه الجمهور من القول بوقوع طلاق الهازل لقوة أدلتهم ثم إن الحديث الذي أستدل به هذا الرأي خصصه حديث الجمهور [ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والعتاق] والشريعة الإسلامية تبغي من هذا أن تصان الألسن عن مثل هذه الأشياء وأن لايكون هناك عبث بأمور الدين ، وخصوصا بالنسبة للطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى ا لله سبحانه .

وبهذا يتضح أن الأخذ برأي جمهور الفقهاء هو الأولى .

طلاق المخطىء : (1)

المخطىء : من سبق لسانه إلى لفظ لايقصده .

والمراد بطلاق المخطىء : هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فذل لسانه ونطق بالطلاق من غير قصد أصلا ، بأن أراد أن يقول لامرأته : أنت طاهر فقال خطأ : أنت طالق .

حكم طلاقه : اختلف الفقهاء في وقوع طلاق المخطىء على قولين :

الأول : ذهب الشافعية والحنابلة – في إحدى الروايتين – والظاهرية إلى القول : بعدم وقوع طلاق المخطىء مطلقا لعدم القصد .

---

(1) حاشية ابن عابدين ٤٣٦/٢ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٢٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٨٧/٣ ، ٢٨٨ ، المغني ٢٦٥/٨ ، المحلى لابن حزم ١٠٠/١٠ .

واستدلوا على ذلك :

١- بقوله سبحانه : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم ﴾ [١] .

٢- وبقوله : - صلى ا لله عليه وسلم - [إن ا لله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] .

فالآية والحديث صريحان وواضحان في أنه لايتعلق مع الخطأ حكم .

الثاني : وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية ثانية إلى القول :

بأنه لايقع طلاق المخطىء في الفتوى والديانة أي فيما بينه وبين ا لله سبحانه وتعالى ويقع في القضاء ، إلا أن المالكية قيدوا وقوعه قضاءً بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة ، وإلا فلا يلزمه في فتوى ولا في قضاء .

واستدلوا على ذلك :

بأن الخطأ أمر باطني يعرف من صاحبه وفي التعرف عليه حرج ومشقة ، وظاهر الكلام الصريح لا يحتاج إلى قصد ونية ، لأن الظاهر يدل على الباطن ويعبر عنه فإذا مانطق الزوج بعبارة الطلاق وكان عاقلا وقع طلاقه - بمعنى أنه حين عرضه على القضاء كان على القاضي الذي يطلب منه الفصل بين الزوجين في هذا النوع من الطلاق ، أن يحكم بوقوع هذا الطلاق لأن الظاهر - كما سبق - يؤيده ، وا لله سبحانه وتعالى أمرنا أن نحكم بالظاهر وهو سبحانه يتولى السرائر .

الراجح : والذي أرجحه في هذا الموضوع من أجل منع الاحتيال والتلاعب

---

(١) الأحزاب / ٣ .

وضمانا لحقوق الزوجة هو الأخذ بالقول الذي يذهب الى وقوع طلاق المخطىء ، إلا إذا قامت قرينة على أن الزوج لم يقصد الطلاق بحيث يثبت أن لفظه كان خطأ ، فهنا نأخذ بالرأي الآخر الذي قال بعدم وقوع الطلاق ، وهذا يكون حينما يظهر لنا أن الزوج تلفظ بالطلاق وهو لايقصد معناه بل قصد معنى آخر فأخطأ لسانه بلفظ الطلاق .

الركن الثالث [1] : محل الطلاق :

محل الطلاق هو المرأة ، فالمرأة هي التي يقع عليها الطلاق .

وقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق يلحق المرأة إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلا ولو قبل الدخول ، أو في أثناء العدة من طلاق رجعي ، لأن الطلاق الرجعي لاتزول به رابطة الزوجية كما هو معلوم إلا بعد انتهاء العدة .

كما اتفقوا – أيضا على المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى لايلحقها طلاق آخر في أثناء العدة لاستنفاذ حق الزوج في الطلاق ، لأن الزوج لايملك أكثر من ثلاث طلقات فلا تكون هناك فائدة من الطلاق .

واتفقوا – كذلك – : على أنه إذا كان الزواج فاسدا أو انتهت عدة المرأة مطلقا فلا يقع عليها طلاق آخر .

واختلفوا فيما إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى هل تكون محلا للطلاق أم لا ؟ .

ذهب الجمهور : إلى القول بأنه لايلحقها طلاق آخر ، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن إذا لاتكون محلا للطلاق .

---

(١) الدر المختار ٦٢٢/٢ ومابعدها ، مغني المحتاج ٢٩٦/٣ ، القوانين الفقهية ٢٢٩ ، المغني ٢٣٣/٧ .

وذهب الحنفية : إلى القول : بأنه يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة ، وذلك من أجل بقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة والسكنى في بيت الزوجية وكذلك عدم حل زواجها برجل آخر في العدة من أجل هذا فإنها تكون محلا للطلاق لأنها تعتبر زوجة حكما . وعبارة الحنفية في هذا : [الصريح يلحق الصريح ، ويلحق البائن بشرط العدة ، والبائن يلحق الصريح] .

وقد نصت المادة – ١٠٩ – من مشروع قانون الإمارات على الآتي:

[يشترط لوقوع الطلاق على الزوجة ، أن تكون في زواج صحيح ، وغير معتدة] .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة – ٨٦ – على :

[لايقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح ، وغير معتدة] .

وبهذا يتضح أن المشروعين قد ضيقا دائرة الطلاق بصورة جاءت على خلاف ماقال به الجمهور بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي .

الركن الرابع : الولاية على محل الطلاق :

الولاية على محل الطلاق ركن من أركان الطلاق كما قال بذلك الشافعية ، وهو فرع عن الركن السابق وهو محل الطلاق .

والمقصود منه : بيان حكم طلاق الأجنبية ، بمعنى أن طلاقها قبل زواجها قد اختلف فيه الفقهاء بعد تزوجها هل يقع أم لا ؟

وكان للفقهاء في تعليق الطلاق على الملك أو على النكاح أراء ثلاثة :

أولاً : رأي الحنفية : [1]

ذهب الحنفية إلى القول بأن الطلاق يتعلق بشرط التزويج سواء عمم المطلق جميع النساء أو خصص فإذا أضاف رجل الطلاق إلى النكاح وقع عقب النكاح مثل أن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، لأن هذا الطلاق معلق على شرط ، فلا يشترط لصحته وجود الملك في حال الطلاق وإنما يكفي وجوده عند تحقق الشرط

ثانياً : رأي المالكية : [2]

ذهب المالكية إلى القول : بأنه إذا عمم المطلق جميع النساء لم يلزمه وإن خصصه لزمه . فمن قال : كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق ، فإن هؤلاء يطلقن إذا تزوجهن الرجل المطلق .

أما إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، فلا تطلق امرأة تزوجها .

وسبب التفرقة بين التعميم والتخصيص : استحسان مبني على المصلحة ، بمعنى أنه إذا عمم ثم أوجبنا عليه التعميم فإنه لن يجد سبيلا إلى النكاح فكان في ذلك حرج ومشقة وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق .

---

(١) فتح القدير ٣ / ٤٤ ، بدائع الصنائع ١٠١/٣ - ١٠٢ ، نظام الأسرة ٢١٩ ومابعدها .

(٢) الشرح الصغير ٩٥٩/٢ ، القوانين الفقهية / ٢٢٨ .

ثالثاً : رأي الشافعية والحنابلة : [1]

ذهب الشافعية والحنابلة وكذلك الظاهرية إلى القول : بأن الطلاق لايتعلق بأجنبية أصلا بمعنى إذا عمم المطلق أو خصص . فمن خاطب أجنبية بطلاق مثل : أنت طالق ، أو قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، أو علق الطلاق على النكاح مثل : إن تزوجتك فأنت طالق ، كان كل هذا لغوا لايقع به شيء ومعلوم أن الطلاق المنجز على الأجنبية لايقع بالاتفاق ،وأما المعلق على الزواج فلإنتفاء الولاية من القائل على محل الطلاق .

واستدلوا على ذلك :

بقوله – صلى الله عليه وسلم – [لاطلاق قبل نكاح] [2] . ولأنه قد بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : إن طلق مالم ينكح فهو جائز فقال ابن عباس : أخطأ في هذا فإن الله يقول ﴿ **إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن** ﴾ ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن .

الراجح : أعتقد أن ماذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن معهم من أن الطلاق لايتعلق بأجنبية أصلا سواء كان هناك تعميم من جهة المطلق أم تخصيص وذلك لقوة أدلتهم وخصوصا الحديث ، حيث أنه حديث صحيح حسنه الترمذي ، أما ماعتمد عليه الحنفية والمالكية فهي أدلة عقلية – ماوجدت فائدة كبيرة في ذكرها هنا – لذلك رجح قول الشافعية ومن معهم .

---

(١) المهذب ٨٠/٢ ، كشاف القناع ٢٧٦/٥ ، المحلى لابن حزم ١٠/ ٢٢٦ .

(٢) رواه ابن ماجه والترمذي ، نصب الراية للزيلعي ٢٣٠/٣ ومابعدها .

الركن الخامس : الصيغة :

لكل تصرف قولي في الشرع لفظ يدل عليه ولا بد في الفرقة بين الزوجين من لفظ يعرف به قصد الزوج وعزمه على الطلاق وما يقوم مقامه .

وقد يقع الطلاق – أيضا – بما ينوب عن اللفظ كالكتابة والإشارة واللفظ الذي يقع به الطلاق : قد يكون لفظا صريحا لايحتمل معنى سواه ، لأنه وضع في اللغة والشرع لهذا الغرض .

وقد يكون لفظا جرى به العرف واشتهر بين الناس على أن المراد منه الفرقة بين الزوجين وهو : مايحتمل معنى الطلاق وغيره . وهو مايعرف باللفظ الكنائي .

أولاً : اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق :

لاخلاف بين الفقهاء في أن لفظ الطلاق وما اشتق منه صريح في الطلاق ، فإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق أو طالقة أو مطلقة أو طلقتك وقع الطلاق وإن لم ينوه ، لأن هذا اللفظ موضوع له على الخصوص وثبت عن طريق الشرع والعرف .

لكن الفقهاء اختلفوا في حصر اللفظ الصريح بهذه الكلمة [أنت طالق وما اشتق منها] أم أن الصريح يشمل ألفاظا أخرى غير هذه الكلمة ؟

ذهب جمهور الفقهاء : [٢] . إلى : القول : بأن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فقط وما عداه مما يحتمل الطلاق وغيره فكناية لايقع به الطلاق إلا أن ينويه . مع ملاحظة أن الحنفية جعلوا من قبيل صريح الطلاق قول الرجل : [أنت

(١) تبيين الحقائق ١٩١/٢ ، بداية المجتهد ٤٥/٢ ، حاشية الدسوقي ٤٢٧/٢ ، المغني ١٦٤/٨

علي حرام أو حرمتك أو محرمة] [١] . وكذلك المالكية جعلوا للكناية الظاهرة حكم الصريح ، وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو اللغة كلفظ الفراق والتسريح ، وكقوله : أنت بائن ، حيث إن الكنايات الظاهرة عندهم لاتحتاج إلى النية .

وذهب الشافعية : [٢] إلى القول : بأن صريح الطلاق الفاظ ثلاثة هي : الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منها . وهو ماذهب إليه الظاهرية [٣] . أيضا واستدلوا على ذلك :

بأن هذه الألفاظ قد ورد بها القرآن الكريم بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانا – الفراق والسراح – صريحين فيه كلفظ الطلاق .

قال سبحانه : ﴿ **فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ [٤] .

وقال سبحانه ﴿ وإن يتفرقا يغن ا لله كلا من سعته ﴾ [٥] .

الراجح : هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه ، لأن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لايحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ، وكذلك ما ذهب إليه الحنفية من قول الرجل [أنت على حرام أو حرمتك أو محرمة] حيث غلب استعمال الناس له في الطلاق فصار من ألفاظ الصريح ، ومعلوم أن العرف مصدر من مصادر التشريع .

أما لفظة الفراق والسراح وإن ورد في القرآن بمعنى الفرقة فقد ورد – أيضا لغير

---

(١) لأنه وإن كان في الأصل كناية ، فقد غلب استعمال الناس له .

(٢) مغني المحتاج ٢٨٠/٣ .

(٣) المحلى لابن حزم ١٨٩/١٠ .

(٤) البقرة / ٢٢٩ .

(٥) النساء / ١٣٠ .

هذا كثير . يقول سبحانه : ﴿ واعتصموا بحبل ا لله جميعا ولا تفرقوا ﴾ (١) . ويقول سبحانه ﴿ وما تفرق الذين أوتوا الكتاب ﴾ (٢) . فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق ، وكذلك فإن استعمالات الناس لها غير كثير بخلاف – على الحرام أو محرمة – كما سبق .

حكم الطلاق الصريح :

يقع الطلاق باللفظ الصريح بدون حاجة إلى نية أو دلالة حال ، فلو قال الرجل لزوجته : أنت طالق ، وقع الطلاق ، دون أن نلتفت لادعائه أنه ما أراد الطلاق .

ثانياً : الطلاق بلفظ الكناية :

الكناية في الطلاق هي : كل لفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره ، ولم يكن متعارفا بين الناس في إرادة الطلاق . مثل قول الرجل لزوجته : أنت بائن اذهبي ، الحقي بأهلك ، اعتدي ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق ، وإنما يفهم الطلاق بالقرينة أو دلالة الحال : وهي حالة مزاكرة الطلاق أو الغضب . فمثلا : فارقيني ، هذا اللفظ يحتمل معنى الفراق ، وكذلك الطلاق ولكن الفراق أعم فيحتمل أنه أراد مفارقتها إياه من الزوجية ، ويحتمل أنه أراد مفارقة الأهل فإن نوى المعنى الثاني فلا شيء عليه وإن نوى المعنى الأول فهل يقع الطلاق أم لا ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين :

الأول : مذهب الظاهرية : لايقع بلفظ الكناية طلاق وإنما الطلاق يقع بأحد

---

(١) آل عمران / ١٠٣ .   (٢) البينة / ٤ .

ألفاظ ثلاثة هي : الطلاق أو السراح أو الفراق .

الثاني : مذهب الجمهور :

فالطلاق يقع عندهم بلفظ الكناية إذا نوى الزوج الطلاق ، ولكن الحنفية والحنابلة قد قالوا :

بوقوعه أيضا – بدلالة الحال على إرادة الطلاق ، كأن يكون الطلاق في حالة الغضب ، أو في حالة المذاكرة بالطلاق .

وقد نصت المادة – ١٠٦ – من مشروع قانون الامارات على ما يأتي :

[١– يقع الطلاق بالالفاظ الصريحة فيه شرعا أو عرفا ، ولا يقع بألفاظ الكناية إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ، ولا تثبت النية إلا باعترافه] .

[٢– ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة التي يقصد بها إيقاعه] .

[٣– ويقع من العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهمة] .

ومشروع دول مجلس التعاون لم يتعرض لهذا .

ثالثا : مايقوم مقام اللفظ في الطلاق :

كما يقع الطلاق باللفظ يقع أيضا بما يقوم مقام اللفظ وينوب عنه ، والذي يقوم مقام اللفظ هو الكتابة والإشارة .

الطلاق بالكتابة : ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الطلاق يقع بالكتابة ، ولكن هناك تفصيل في هذا : [وعبارة الحنفية [1] . الكتابة إما مستبينة أو غير

(١) الدر المختار ورد المحتار ٥٨٩/٢ ، البدائع ١٢٦/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبه الزحيلي ٢٨٢/٧ – ٢٨٣ .

مستبينة ، والكتابة المستبينة : هي الكتابة الظاهرة التي يبقى لها أثـر كالكتابـة علـى الورق والحائط والأرض والكتابة غير المستبينة : هي التي لايبقـى لهـا أثـر ، كالكتابـة على الهواء أو على الماء ، وكل شيء لايمكن فهمه وقراءته ، وحكمها : أنه لايقع بهـا طلاق وإن نوى] .

[**أما الكتابة المستبينة فهي نوعان** : **كتابـة مرسـومة** : وهـي الـتي تكتـب مصدّرة ومعنونة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة ، كأن يكتـب الرجـل إلى زوجته قائلا : إلى زوجتي فلانة ، أما بعد فأنت طـالق ، وحكمهـا حكـم الصريـح إذا كان اللفظ صريحا ، فيقع الطلاق ولو من غير نية] .

وأما الكتابة غير المرسـومة : فهـي المكتوبـة إلى غـير عنـوان الزوجـة وليسـت باسمها ولا توجه إليها كالرسائل المعروفة ، مثل أن يكتب الرجـل في ورقـة [زوجـتي فلانة طالق] .

وحكمها : حكم الكتابة ولو كان اللفظ صريحا ، بمعنى أن الطلاق لايقـع بهـا إلا بالنية .

وكما أن الطلاق يقع بالكتابة يقع – أيضا – بالرسالة ، أي بإرسال رسـول ، وذلك بأن يبعث الزوج طـلاق امرأتـه الغائبـة علـى يـد إنسـان فيذهـب الرسـول إليهـا ويبلغها الرسالة على النحو المكلف به .

وحكمها : حكـم الطـلاق الصريـح بـاللفظ ، حيـث أن الرسـول ينقـل كـــلام المرسل ، فكأن كلامه ككلامه .

الطلاق بالإشارة : (١)

اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة بيد أو رأس عند العجز عن النطق كالأخرس وذلك دفعا للحاجة ، فإذا حدث وطلق الأخرس بالاشارة طلقت زوجته .

ولكن الحنفية قالوا : بأن الأخرس إذا كان يحسن الكتابة ، لاتجوز إشارته ، أما الناطق القادر على الكلام ، فلا يصح عند الجمهور طلاقه بالإشارة ، كما لايصح نكاحه بها .

فلا يقع الطلاق بالإشارة إلا ممن كان عاجزا عن النطق وهو الأخرس :

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في الفقرة الثانية من المادة – ٨٣ – على أن الطلاق [يقع باللفظ ، أو بالكتابة ، وعند العجز عنهما فبالاشارة المفهومة] .

رابعا : الإضافة والتعليق في الطلاق : (٢)

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الصيغة وذلك من حيث اشتمالها على الإضافة إلى زمن في المستقبل أو على التعليق على أمر مستقبل ، وعدم اشتمالها على ذلك إلى ثلاثة أقسام :

١- طلاق منجز .

٢- طلاق مضاف .

٣- طلاق معلق .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٥٨٤/٢ ، الشرح الصغير ٥٦٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٨٤/٣ ، المغني ٢٣٨/٧ الفقه الإسلامي وأدلته ٣٨٥/٧ .

(٢) البدائع ١٥٦/٣ ، ١٥٧ ، اللباب ٤٥/٣ ، ٤٦ ، الشرح الصغير ٥٧٥/٢ – ٥٨٤ ، مغني المحتاج ٣٠٢/٣ ، ٣١٣ – ٣٣٤ ، المغني ١٦٤/٧ – ١٧١،المحلى ٢٦٤/١٠ ، نظام الأسرة ٢٢٥ ومابعدها .

أولاً : الطلاق المنجز :

الطلاق المنجز أو المعجل : هو ماكان بصيغة مطلقة بمعنى أن تكون غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل ، أي ماقصد به الحال كأن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق ، أو أنت مطلقة .

وحكمه : أنه يقع في الحال وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره ، متى كان الزوج أهلا لإيقاع هذا الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه .

ثانياً : الطلاق المضاف :

هو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق غدا أو في أول شهر رجب - مثلاً - .

وحكمه : يقع هذا الطلاق عند مجيىء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه ، إذا كانت المرأة محلا لوقوع هذا الطلاق عليها عند ذلك الوقت وكان الزوج كذلك أهلا لإيقاعه ، لأنه قصد إيقاعه بعد زمن وليس في الحال .

فقوله : أنت طالق غداً يقع بأول جزء منه وهو عند طلوع الفجر .

وقوله : أنت طالق في أول شهر رجب يقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وهو حين تغرب الشمس في آخر يوم من شهر جمادى الثاني .

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول : بأن من قال أنت طالق قبل موتي بشهرين أو أكثر ، فمات قبل مضي شهرين ، لم تطلق لانتفاء الشرط ، ولأن الطلاق لايقع في الماضي .

وإن مضى شهران ثم مات بعدهما ولو بساعة طلقت مستندا لأول المدة لاعند الموت ، وفائدة الطلاق أنه لاميراث لها ، لأن العدة قد تنتهي بشهرين ، بثلاث

حيضات عند الحنفية ومن وافقهم [1] .

ثالثاً : الطلاق المعلق :

هو ماكان بصيغة ترتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل ، بأداة من أدوات الشرط أي التعليق ، كقول الزوج لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو إذا سافرت إلى بلدك فأنت طالق .

ويترتب على الطلاق المعلق على شرط : أنه لايقع إلا عند حصول الشرط المعلق عليه ، وهو في المثالين السابقين دخول الدار والسفر .

والتعليق إما لفظي : وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثل : إن وإذا .

وإما معنوي : وهو الذي لاتذكر فيه أداة الشرط صراحة بل تكون موجودة من حيث المعنى مثل قول الزوج : عليَّ الطلاق لأفعلن كذا أو لأفعل كذا .

فالمقصود منها هنا بحسب العرف : لزوم الطلاق إن لم يحصل المحلوف عليه ، أو حصل .

شروط التعليق :

اشترط جمهور الفقهاء لصحة التعليق شرطين :

الأول : أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معدوما على خطر الوجود ، بمعنى أنه يحتمل الوجود وعدمه .

فلو كان موجودا كان طلاقا منجزا مثل قول الزوج لزوجته : إن كانت الشمس

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ . د / وهبة الزحيلي ٤٤٣/٧ .

طالعة فأنت طالق وكانت طالعة ، أو مثل قوله : إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق ، فهذا أمر محقق الوجود فالتعليق هنا صوري ويقع الطلاق في الحال .

وإن كان الشرط المعلق عليه الطلاق مستحيل الوجود عادة - مثل قوله : إن صعدت السماء فأنت طالق ، ومنه التعليق بمشيئة الله تعالى ، كأن يقول أنت طالق إن شاء الله تعالى ، فلا يقع عند الحنفية ، لأن التعليق لايصح ، واليمين لغو ، ووافق الحنفية بقية المذاهب فيما إذا كان التعليق بمستحيل عادة .

ووافق الحنفية - أيضا - المالكية والشافعية والظاهرية في التعليق بمشيئة الله ، بمعنى أنه لايقع الطلاق عندهم إن قصد التعليق ، وقال الحنابلة : يقع الطلاق ، لأن مالم يمكن الاطلاع عليه يكون منجزا ويقع في الحال ، وسقط حكم تعليقه .

الشرط الثاني :

أن يحصل المعلق عليه والمرأة محل لوقوع الطلاق عليها بأن تكون في حال الزوجية فعلا أو حكما ، في أثناء العدة وهذا باتفاق الفقهاء ، أو في أثناء العدة من الطلاق البائن بينونة صغرى عند الحنفية ، وهذا بخلاف بقية الأئمة .

فلو قال رجل لامرأة أجنبية : إن كلمت فلانا فأنت طالق ، فكلمته ، لم يقع الطلاق ، وكذا لوتزوجها ثم كلمت فلانا هذا لاتطلق ، لأنها كانت وقت التعليق غير محل لإيقاع الطلاق .

ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق ، فلو حدث وطلق الرجل طلاقا معلقا ثم جن ، ووجد المعلق عليه بعد هذا الجنون ، وقع

الطلاق ، لأن الصيغة حين صدرت كانت من أهلها مستوفية شروطها ، فيترتب عليها أثرها .

صور الطلاق المعلق :

للطلاق المعلق عدة صور وهي :

١- قد يكون قصد الزوج من الشرط المعلق عليه الطلاق مدلوله اللغوي وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط .

٢- وقد يكون قصد الزوج تخويف زوجته ليمنعها من عمل أي شيء كقوله - مثلا - : إن سافرت فأنت طالق ، وهو هنا يقصد منعها من السفر ولا يقصد طلاقها .

٣- وقد لايكون للزوجة دخل في قصده ونيته كمن يقصد حمل آخر على فعل شيء أو تركه كمن يقول لآخر : إن لم تسافر معي فامرأتي طالق ، أو إن فعلت كذا فامرأتي طالق .

٤- أو أن يقصد تقوية عزيمة نفسه بتعليق الطلاق على فعل شيء أو تركه كقوله : إن لم أسافر فامرأتي طالق ، وقد قصد هنا حمل نفسه على السفر لا الطلاق .

٥- أو أن يعلق الطلاق على أمر طبيعي لادخل لإرادة الإنسان فيه كقوله لزوجته : إن هطلت الأمطار بعد يوم فأنت طالق .

في جميع هذه الصور يقع الطلاق عند الجمهور [1] . حين وقوع الأمر المعلق

---

(١) فتح القدير ٤/٧٦ ومابعدها ، القوانين الفقهية ٢٣١ ، مغني المحتاج ٣ / ٣١٤ ومابعدها ، المغني ٧ / ١٧٨ ، المحلى ١٠ / ٢٥٨ ، المختصر النافع ٢٢٢ ، أعلام الموقعين ٣/٦٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤٤٧ - ٤٥٠ ، نظام الأسرة ٢٢٨ .

عليه سواء أقصد وقوع الطلاق أم لا ، لأن الطلاق في جميع هذه الصور باللفظ الصريح فلا يحتاج إلى نية لوقوعه .

وقال الظاهرية : والشيعة الإمامية : اليمين بالطلاق أو الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه فهو لايقع أصلا ، سواء أكان على وجه اليمين : وهو ماقصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكيد الخبر ، أم لم يكن على وجه اليمين ، وهو ماقصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

وقال ابن تيمية وابن القيم : إن كان التعليق قسمياً أو على وجه اليمين ووجد المعلق عليه لايقع ، ويجزيه عند بن تيمية كفارة يمين إن حنث في يمينه ، ولا كفارة عليه عند ابن القيم مثل قوله : عليٌ الطلاق لا أفعل كذا ووجد المعلق عليه هنا لايقع الطلاق ويكفيه – كما سبق – كفارة يمين عند ابن تيمية ، ولا كفارة عليه عند ابن القيم .

وأما إن كان التعليق شرطياً أو على غير وجه اليمين بمعنى أن يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط ، فإن الطلاق يقع عند حصول الشرط .

أدلة الجمهور : استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

الكتاب : فقد استدلوا بالآيات المطلقة الدالة على مشروعية الطلاق والتي فوضت الأمر فيه الى الزوج ، مثل قوله سبحانه ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾ فهي لم تفرق بين منجز ومعلق ، ولم تقيد وقوعه بشيء ، والمطلق يعمل به على إطلاقه ، فكان من حق الزوج هنا إيقاع الطلاق حسبما يشاء منجزا أو غير ذلك .

أما السنة : فقد استدلوا بقوله – صلى الله عليه وسلم – [المسلمون عند شروطهم] .

وكذلك بوقائع كثيرة وقعت في عصره - صلى الله عليه وسلم - والصحابة ، منها : مأخرجه البخاري عن ابن عمر قال : [طلق امرأته البتة إن خرجت] فقال بن عمر : إن خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء .

وأما المعقول : فقد قالوا : بأن الحاجة قد تدعو إلى تعليق الطلاق كما تدعو إلى تنجيزه ، زجرا للمرأة ، فإن خالفت كانت هي التي جنت على نفسها . ويقاس الطلاق القسمي على الداينة إلى أجل والعتق الى أجل .

أدلة الظاهرية والإمامية :

فقد قالوا : بأن تعليق الطلاق يمين ، واليمين بغير الله تعالى لاتجوز ، بقوله - صلى الله عليه وسلم - [من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله] [1] .

وقالوا أيضا : أنه لاطلاق إلا ما أمر الله عز وجل ، ولا يمين إلا بما أمر الله عز وجل على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - واليمين بالطلاق ليس مما سماه الله يمينا ، والله سبحانه يقول : ﴿ **ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه** ﴾ [2] . ولم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق المعلق .

ورُدَّ على هذا : بأن تسمية الطلاق المعلق يمينا إنما هو من قبيل المجاز ، حيث إنه يفيد ما يفيده اليمين بالله تعالى : وهو الحث على الفعل أو المنع منه ، أو تأكيد الخبر ، فلا يكون الحديث المذكور متناولاً الطلاق المعلق . ثم إن السنة قد وردت بوقوع الطلاق المعلق - كما سبق - واستدلوا أيضا بقياس الطلاق على النكاح ، فإن النكاح لايصح تعليقه ، فكذلك لايصح تعليق الطلاق . ورُدَّ على هذا بأنه قياس مع

---

(١) رواه أبو عبيدة عن ابن عمر .

(٢) الطلاق /١ .

الفارق ، لأن تعليق النكاح مناف للمقصود منه ، أما الطلاق فإنه لاينافيه .

أدلة ابن تيمية وابن القيم : [1]

استدل بن تيمية وبن القيم على رأيهم بالآتي :

١- بأن الطلاق المعلق القسمي إذا كان المقصود منه الحث على الفعل أو المنع منه أوتأكيد الخبر ، كان في معنى اليمين ، فيكون داخلا في أحكام اليمين في قوله سبحانه ﴿ قد فرض ا لله لكم تحلة أيمانكم ﴾ [2] .

ورُدَّ على ذلك بأن الطلاق المعلق لايسمى يميناً لاشرعاً ولا لغة ، وإنما هو يمين على سبيل المجاز ، بأنه يشابه اليمين الشرعية في إفادة الحث على الفعل أو المنع منه ، إذاً لايكون له حكم اليمين الحقيقي : وهو الحلف با لله تعالى أو بصفة من صفاته بل يكون له حكم آخر : وهو وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه .

[٢- وبما رواه البخاري عن ابن عباس - رضي ا لله عنه -[الطلاق عن وَطَر والعتق ما ابتغى به وجه ا لله] أي أن الطلاق إنما يقع ممن كان غرضه إيقاعه ، لاممن يكره وقوعه كالحالف المكره وَرُدَّ على هذا أيضاً : بأن معنى الوطر ليس هو كما ذكرتم ، بل معناه : لاينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز] .

الراجح : هو ماذهب إليه الجمهور من القول بوقوع الطلاق المعلق مطلقاً والذي في معنى اليمين عند حصول الأمر المعلق عليه .

ثم إنه يُقال : إن الناس في هذه الأيام أكثروا من استعمال الأيمان في الطلاق في بيوعهم ومعاملاتهم تقوية لعزائمهم وإرضاء لمن يتعاملون معهم وقد يكون ذلك صدقاً أو

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٤٥٠ . (٢) التحريم / ٢ .

كذباً .

ويقال – أيضاً – إن الشبان غالباً في هـذه الأيـام يسـتخدمون اليمـين بـالطلاق للتهديد لايقصد الإيقاع [1] .

لذلك نصت المادة – ١٠٧ – من مشروع قانون الامارات على مايأتي :

[١- لايقع الطلاق إلا إذا كان منجزا ولم يكن يمينا .

[٢- ويعتبر من قبيل التنجيز الطلاق على مال إن أخـذ صـورة التعليـق علـى القول ، أو على عمل في المجلس ، وكذلك إذا كـان المعلـق عليـه أمـرا واقعـا متعلقـا بالمال] .

وبناء على هذا ، أي على ما جاءت به هذه المـادة فـإن الطـلاق المضـاف ، أو الطلاق المعلق كلاهما لايقع لأنه ليس منجزاً .

وأما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ٨٧ – على الآتي :

[أ – لايقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق .

ب – لايقع الطلاق بالحلف بيمين الطلاق ، أو الحرام .

جـ – لايقع الطلاق المقترن بـالعدد لفظـاً ، أو كتابـة ، أو إشـارة ، إلا طلقـة واحدة] .

---

(١) ليس هذا مبرراً بعدم وقوع الطلاق المعلق ، ولو تتبعنا أحوال الناس وأخلاقهم – من قبيل التيسير كما يقال – لأدى بنا الأمر إلى الخروج عن كثير من أحكام ديننا .

المبحث الثالث
" في العدد المشروع للطلاق وكيفية إيقاعه "

من خلال هذا البحث سوف أتحدث عن أمرين :

الأمر الأول : في عدد الطلاق والدليل عليه وبمن يعتبر .

الأمر الثاني : في الطلاق المقترن بعدد أو إشارة .

أولاً : في عدد الطلاق وبمن يعتبر :

كان العرب في الجاهلية يطلق الرجل منهم امرأته بما يشاء وفي أي وقت يشاء دون تقيد بعدد في إيقاع الطلاق ، ودون التقيد بأي وقت كذلك ، فكان من حقه أن يطلقها بما شاء من عدد الطلاق ، فكان في ذلك ضرر عظيم على الزوجة حيث يستطيع الرجل أن يطلقها ويراجعها بلا نهاية ، بمعنى أنه يفعل بها هذا من قبيل الكيد بها فيتركها معلقة ليست بذات زوج ولا مطلقة . ثم جاء الإسلام فأباح الطلاق للحاجة اليه وشرع العدة حدا لحق الرجل في مراجعته زوجته ، ثم حدده بثلاث تطليقات ، يستطيع الرجل بعد اثنتين منهما أن يراجع زوجته وهي في عدتها ، أما إذا كانت الطلقة الثالثة انقطعت بعدها الصلة الزوجية فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره يقول سبحانه : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** ﴾ وروى الإمام أحمد وغيره أن رجلا قال يارسول الله : أرأيت قول الله ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾ فأين الثالثة ؟ قال : **التسريح بإحسان الثالثة**) [١] .

وقد نصت المادة – ١١٤ – من مشروع قانون الامارت على مايأتي :

---

(١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١ / ٢٧٢ .

[١- يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

٢- زواج المطلقة بزوج آخر يهدم بالدخول طلقات الزوج السابق ولوكانت دون الثلاث ، فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلقات جديدة] .

ومشروع القانون لدول مجلس التعاون لم يتحدث عن هذا من خلال مواده .

حكمة مشروعية الطلاق ثلاثاً:

إن الحكمة في هذا التحديد لهذا العدد المشروع من الطلاق وجعله ثلاثا : هو أن الرجل عندما يطلق الزوجة كثيرا ما يغفل عن حاجته إليها فيعتريه لفقدها الندم غالبا ويحس بضرورة عودتها لتشارك في حياته ، وأنه بهذا الطلاق قد أخطأ فأبيح له مراجعتها ، وهذه التجربة تكفي فيها المرة ثم المرة الثانية أيضاً يستطيع بعدها الاختيار ، لأن الطلاق الثاني ، لايكون إلا بعد الندم على ماكان أولا وبعده - الطلاق الثاني - يكون الندم ثانيا ومراجعةالنفس مرة أخرى ، فإذا راجعها بعد الطلاق الثاني هنا ، وبعدما ندم ثانيا وحاسب نفسه ، كان في هذا ترجيحا لأمساكها على تسريحها ويبعد أن يعود إلى ترجيح الفراق بعد أن رآه هو بالأختيار التام مرجوحا لاحاجة إليه ، فإن هو عاد وطلق ثالثة فمن الحكمة أن تبين منه ويخرج أمرها من يده ، لأنه علم من ذلك أن لاثقة بالتئامهما وإقامتهما حدود الله .

بمن يعتبر عدد الطلاق ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين

الأول : وهو مذهب جمهور الفقهاء :

وقد قالوا : بأن الطلاق معتبر بالرجال ، بمعنى إن كان الـزوج حـرا فطلاقـه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة .

أما إن كان عبداً فطلاقه اثنتان حرة كانت الزوجة أو أمة .

وقد استدلوا على ذلك :

بأنه سبحانه وتعالى خاطب الرجل بالطلاق فكان محلـه معتـبرا بهـم ، و لأن الطلاق خالص حق الزوج فكان عدده معتبرا به (١) .

الثاني : وهو مذهب الحنفية :

وقد قالوا : بأن عدد الطلاق معتبر بالنساء ، بمعنى أن زوج الحـرة لـه ثـلاث طلقات وإن كان عبداً ، وزوج الأمة اثنتين وإن كان حراً .

وقد استدلوا على ذلك :

بقوله – صلى الله عليه وسلم – : [طـلاق الأمـة ثنتـان وعدتهـا حيضتـان] رواه أبو داود والترمزي وابن ماجه عن عائشة (٢) .

وأجيب عن ذلك :

بأن هذا الحديث قال عنه أبوداود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث .

وقد أخرجه الدار قطني في سننه عن عائشة قالت : قال رسـول الله – صلـى الله عليه وسلم – : [طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقروء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمة ، ولا تتزوج الأمة على الحرة] .

والواضح من هذا النص أنه يؤيد ماذهب إليـه الجمهـور مـن أن عـدد الطـلاق

---

(١) الشرح الكبير ٨/ ٣٢١/٣٢٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٢٤٦ .

معتبر بالرجال .

ثم إنه من الواضح أن الأقرب إلى الفقه ماقال بـه الحنفيـة مـن اعتبـار حـال المرأة ، لأن من ملك عددا من الطلقات فهـو يملـك إيقاعـه في أوقـات السـنة ، وهـذا لايتصور إذا اعتبرنا جانب الرجل وكانت الزوجة أمة .

وبهذا حاج عيسى بن أبان بن صدقه الإمام الشافعي فألزمه الحجة إذ قـال : أيها الفقيه إذا ملك الحر على الأمة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة ؟ فقـال يوقـع عليها واحدة فإذا حاضت وطهرت يوقع عليها واحدة ، فلما أراد أن يقول بعد ذلك ، فإذا حاضت وطهرت قال أمسك حسبك فإن عدتها قد انقضت بالحيضتين . فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة [1] .

ووضح بعد هذا ، أنه لاخلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقـه ثـلاث ، وأن العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان .

وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرا والآخر رقيقا .

ثانياً : في الطلاق المقترن بعدد أو إشارة والمتكرر .

ا لله سبحانه وتعالى بين لنا في كتابه أن الطلاق جعله على مراحل حتى تكـون الفرصة للمراجعة والحساب يقول سبحانه : ﴿ **الطـلاق مرتـان فإمسـاك بمعـروف أو تسريح بإحسان** ﴾ [2] . وقال سبحانه : ﴿ **فإن طلقها فلا تحـل لـه مـن بعـد حتـى تنكح زوجا غيره** ﴾ [3] . ففي هاتين الآيتين دليل على أن الطـلاق المشروع يجـب أن يكون مرة بعد مرة عقب كـل مـرة إمـا إمسـاك بمعـروف أو تسـريح بإحسـان . ومعنـى

---

(١) الأحوال الشخصية أ . د / محمد مصطفى شحاته ٩٩ .

(٢) البقرة / ٢٢٩ (٣) البقرة / ٢٣٠ .

الإمساك : الرجعة . ومعنى التسريح : ترك الرجعة أي ترك الزوجة حتى تنقضي عدتها ، فإذا راجعها بعد الطلقة الأولى كانت عنده على تطليقتين فإن بدا له أن يطلقها مرة ثانية كان الحكم كالطلقة الماضية ، ولكنه في هذه المرة إذا راجعها في العدة أو بعد العدة بعقد جديد ثم عاد فطلقها – الثالثة – فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

لكن إذا طلق الزوج زوجته بلفظ الثلاث مرة واحدة كقوله لها : أنت طالق ثلاثا ، أو اقترن لفظ الطلاق بإشارة تدل على الثلاث ، أو طلقها بألفاظ متكررة في مجلس واحد كقوله لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق .

فإن تخللها فصل (١) ، وقعت الثلاث سواء أقصد التأكيد أم لا ، لأنه خلاف الظاهر وإن قال : قصدت التأكيد صدق ديانة لاقضاء .

وإن لم يتخلل فصل : فإن قصد تأكيد الطلقة الأولى بالأخيرتين ، فإنها تقع واحدة لأن التأكيد في الكلام معهود في اللغة والشرع . وإن قصد استئنافا أو أطْلق – بأن لم يقصد تأكيدا ولا استئنافا – تقع الثلاث ، عملا بظاهر اللفظ .

وكذا تطلق ثلاثا إن قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، أو عطف بالواو أو بالفاء .

هذا ماتفق عليه أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية (٢) . أما غير أئمة المذاهب وبعض الظاهرية فقد قالوا : بعدم وقوعه ثلاثا ، بمعنى أنه يقع طلقة واحدة .

---

(١) المراد بالفصل : أن يسكت فوق سكتة النفس .

(٢) اللباب ٤٩/٣ ، الدر المختار ٦٣٢/٢ ، المهذب ٨٤/٢ ، المغني ٢٣٣/٧ – ٢٣٥ ، القوانين الفقهية ٢٢٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩١/٧ .

ولكن قبل الحديث عن هذا تفصيلا وبيان أدلة الفريقين ، لابد من الكلام أولا : عن حكم الطلاق الثلاث من حيث الحل والحرمة .

أولاً : حكم الطلاق الثلاث من حيث الحل والحرمة :

اختلف الفقهاء في حكم إيقاع الطلاق المقترن بعدد الثلاث ، وكذلك المتكرر في مجلس واحد ، هل هو بدعي محرم أم أنه لابدعة فيه وإنما هو جائز مباح ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول :

بأن الطلاق إذا زاد على الواحدة فهو طلاق بدعي محرم ديانة ، بمعنى أنه يقع مع الإثم ، لأن الطلاق المسنون هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في طهر لم يقربها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها .

فإذا حدث وجمع الرجل الطلقات الثلاثة بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في مجلس واحد أو في طهر واحد يكون بدعيا محرما [(١)] .

وذهب الشافعية والحنابلة – في رواية – وابن حزم : إلى القول :

بأنه لابدعة في عدد الطلاق ، فمن حق الرجل أن يطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا بلفظ واحد وكذلك في مجلس واحد أو في طهر واحد أو في عدة واحدة .

ولكنهم قالوا : الأولى عدم الجمع [(٢)] .

دليل الجمهور : فكما سبق فإنهم قد استدلوا بأن هذا طلاقا غير سني لمخالفته للنصوص الواردة في بيان الطلاق السني والبدعي .

---

(١) الهداية ٢٢/٣ ، مواهب الجليل ٣٩/٣ ، المغني ٢٤٠/٨ .

(٢) مغني المحتاج ٣١٢/٣ ، الوجيز ٥١/٢ ، المغني ٢٤٠/٨ ، المحلى ١٧٠/١٠ ، نظام الأسرة ٢٣٣ .

واستدلوا أيضا بسنته – صلى ا لله عليه وسلم – فقد روى عنه محمود بن لبيد قال : أخبر – صلى ا لله عليه وسلم – عن رجل طلق امرأته ثلاث جميعا ، فقام غضبان ، ثم قال : (أيلعب بكتاب ا لله ، وأنا بين أظهركم ؟ ، حتى قام رجل ، فقال : يارسول ا لله ألا أقتله) [1] .

وهذا دليل : على أن الطلاق بلفظ الثلاث محظور ، وإلا ماكان النبي– صلى ا لله عليه وسلم – قد غضب من ذلك .

دليل غير الجمهور : فقد استدلوا على ذلك :

بما روي أن عويمر قد تلاعن وامرأته ، وكان ذلك بين يدي النبي – صلى ا لله عليه وسلم – فلما فرغا من ملاعنتهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول ا لله إن امسكتها ، فطلقها – عويمر – ثلاثا وكان ذلك قبل أن يأمره الرسول – صلى ا لله عليه وسلم – والرسول – صلى ا لله عليه وسلم – هنا لم يوجه إليه لوما ولم ينهه عن شيء كما حدث لابن عمر .

والرأي الراجح في هذا هو ماذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم ، وضعف أدلة مخالفيهم ويجاب : عن الحديث الذي استدل به أصحاب هذا الرأي بأن المتلاعنين الفرقة قد وقعت بينهما بنفس التلاعن ، فيكون الطلاق بهذا لم يصادف محله ، لهذا لايتصف لا بسنة ولا ببدعة .

---

(١) قال ابن كثير : اسناده جيد ٢١٢ ، نيل الأوطار ٢٢٧/٦ .

ثانياً : حكم الطلاق الثلاث من حيث الوقوع وعدمه :

الطلاق الثلاث له صورتان :

الأولى : أن يكرر الرجل النطق بالطلاق ثلاث مرات في مجلس واحد بأن يقول لزوجته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق أو بالعطف .

الثانية : أن يجمع الطلقات بالعدد من غير تكرار لفظ الطلاق فيقول أنت طالق ثلاثا . وهذا الطلاق إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ولكل منهما أحكام تخصه :

١- أحكام الطلاق الثلاث قبل الدخول :

اختلف الفقهاء في الطلاق الثلاث **قبل الدخول** هل يقع واحدة أم ثلاثا ؟

فذهب أصحاب الرأي والشافعي وأحمد وابن حزم وابن مسعود وسفيان الثوري وغيرهم : الى أنه إذا قال الزوج لزوجته قبل الدخول : أنت طالق ثلاثا وقعت ثلاثا .

أما إن قال لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فلا تقع إلا واحدة ، لأنها بانت منه بالأولى .

وقال مالك : إذا قال لها ثلاث مرات ، أنت طالق نسقاً متتابعة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ، فإن سكت بين التطليقتين بانت الأولى ولم تلحقها الثانية .

وقال بعض الفقهاء : إنها واحدة سواء قالها بلفظ واحد أو بثلاثة ألفاظ .

وقال فريق آخر : إنها ثلاث سواء أوقع الثلاث بلفظ واحد أو بثلاثة ألفاظ [1] .

---

(١) إغاثة اللهفان ٣٢٥/١ ، المحلى ١٧٤/١٠ .

٢- أحكام الطلاق الثلاث بعد الدخول :

إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول ثلاثا بكلمة واحدة كقوله لها : أنت طالق ثلاثاً ، أو بكلمات في مجلس واحد أو طهر كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، يكون آثماً ، لكن هل يقع هذا الطلاق أم لا ، وإذا وقع فهل يقع ثلاثاً أو واحدة ؟ .

للفقهاء في ذلك ثلاثة مذاهب :

الأول : لايقع به شيء إذا كان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة .

وإلى هذا ذهب بعض الشيعة الإمامية ، أما إذا كان الطلاق الثلاث بألفاظ متكررة فيقع طلقة واحدة بلا خلاف عندهم [(١)] .

الثاني : وذهب جمهور الزيدية والإمامية وبعض الظاهرية وابن تيمية وابن القيم [(٢)] . إلى القول بأن الطلاق الثلاث يقع به طلقة واحدة رجعية سواء أكان بكلمة واحدة أم بألفاظ متكررة .

الثالث : ذهب جمهور الفقهاء منهم أئمة المذاهب الأربعة وهو منقول عن أكثر الصحابة والتابعين [(٣)] . إلى القول : بأنه يقع به ثلاث طلقات .

لكنه يسن أن يطلق الرجل طلقة واحدة عند الحنفية والمالكية ، لأن طلاق السنة هو : أن يطلقها واحدة في طهر لم يقربها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ، وقد استدل كل فريق بأدلة تؤيد ماذهب إليه ، إلا أن أدلة المذهب الأول

---

(١) السرائر لمحمد بن إدريس وهو من أئمة الشيعة الإمامية ٣٣٨ .

(٢) البحر الزخار ١٧٤/٣ ، السرائر ٣٣٨ ، فتاوي ابن تيمية ١٧/٣ ، أعلام الموقعين ٤٧/٣ ومابعدها .

(٣) الهداية ٢٣/٣ ، مواهب الجليل ٢٩/٣ ، مغني المحتاج ٣١٢/٣ ، المغني ٢٤٠/٨ ، المحلى ١٧٠/١٠ .

ضعيفة [1] لاتقوى على المناقشة ولذلك سوف أستغني عنها وأقف أمام أدلة الثاني والثالث .

أدلة المذهب الثاني : وقد استدلوا بالكتاب والسنة على أن الطلاق الثلاث يقع واحدة رجعية . أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ....** ﴾ [2] .

بمعنى أن المشروع هو تفريق الطلاق مرة بعد مرة ، لأنه سبحانه قال : [مرتان] ولم يقل [طلقتان] .

وليس من المشروع أن يكون الطلاق كله دفعة واحدة ، لهذا إذا جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد لايقع إلا واحدة .

ويرد على هذا بأن الآية ترشد إلى الطلاق المشروع ، وليس فيها دلالة على وقوع الطلاق وعدم وقوعه إذا لم يكن مفرقا ، فيكون المرجع في هذا – وقوع الطلاق الثلاث ، ثلاثا – السنة ، وقد بينت السنة هذا .

وأما السنة :

١– حديث ابن عباس – رضي ا لله عنهما – قال : (كان الطلاق على عهد رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر بن الخطاب – رضي ا لله عنه – [إن الناس قد استعجلوا في أمر

---

(١) ومما قالوه : بأن الطلاق الثلاث والطلاق في الحيض بدعة لذلك لايقع به شيء لأنه جاء على غير حدود التشريع فلا يلتفت إليه ، وقد قال – صلى ا لله عليه وسلم – : [من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد] .

(٢) البقرة / ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم] [1] .

فدلالته واضحة على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة ، وهو لم ينسخ بأن العمل به استمر في عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر ، ثم إن عمر أمضاه من باب المصلحة والسياسية الشرعية .

وأجيب عن هذا بأنه محمول على التكرير ، أي تكرير لفظ الطلاق ثلاث مرات ، بأن يقول : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق . فهنا يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد ، وثلاث إذا قصد تكرير الإيقاع ، والناس على عهد رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – وأبي بكر كانوا صادقين في إرادة التوكيد ، لأنهم أصحاب فضل وخلق قويم ، فلما رأى عمر في زمانه أموراً ظهرت ، وأن أحوال الناس قد تغيرت ، وفشا فيهم إيقاع الثلاث جملة بلفظ لايحتمل التأويل ، ألزمهم الثلاث إذا كان مكرراً ، حيث صار الغالب عليهم قصدها ، وهو ما أشار إليه بقوله :[إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة] .

ومخالفة عمر لما مضى لاشيء فيها ، لأنها ترجع إلى تغير الحكم بسبب تغير العرف وحال الناس .

٢– وحديث ابن عباس أنه قال طلق ركانة [2] زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله – صلى ا لله عليه وسلم – كيف طلقتها ؟ فقال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد فقال : إنما هي طلقة واحدة فارتجعها] .

---

(١) رواه أحمد ومسلم – نيل الأوطار ٦/٢٣٠ .

(٢) نيل الأوطار ٦/٢٣٢ .

وأجيب عنه بأجوبة :

منها : معارضته لفتوى ابن عباس ، فإنه كان يفتي من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث بأنه يقع ثلاثا .

ورد على هذا بأن المعتبر روايته لا رأيه .

أدلة المذهب الثالث : الجمهور :

استدل أصحاب هذا المذهب الذين قالوا بوقوعه ثلاثا بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فقد استدلوا بقوله سبحانه ﴿ **لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة** ﴾ [1] .

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة : أنها من باب العموم ، وعلى هذا فالكلام المفهوم من قوله سبحانه (طلقتم) عام في كل طلاق لافرق في ذلك بين أن يكون هذا الطلاق ، واحدا أو إثنين أو ثلاثا ، ومفرقا أو بلفظ واحد ، وبين أن يكون رجعيا أو بائنا ، ومن المعروف أن العام يبقى على عمومه مادام لم يكن هناك ما يخصص هذا العموم ولا مخصص له هنا .

وأما السنة :

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال : [أخبر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال (أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟) حتى قام رجل وقال : يارسول الله ألا أقتله ؟][2] .

---

(١) البقرة / ٢٣٦ .

(٢) قال ابن كثير : إسناده جيد : نيل الأوطار ٢٢٧/٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٠٦/٧ – ٤١١ .

فهذا يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون ثلاثا ، ويلزم الطلق بها ، ولو كان هذا يعتبر عصيانا بالنسبة لايقاع الطلاق بدليل غضب النبي – صلى ا الله عليه وسلم – .

وأجيب بأنه مرسل لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول ا الله – صلى ا الله عليه وسلم – ، وإن كانت ولادته في عهده – صلى ا الله عليه وسلم – وهذا مردود ، لأن مرسل الصحابي مقبول .

وبناء على ما ذكر يكون مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء هو الراجح وهو الذي اختاره وما عداه فهو مرجوح .

ومع أن مذهب الجمهور هو الراجح ، فقد عدل عنه مشروع قانون الامارات ، وأخذ بالرأي المرجوح ، حيث قد نصت المادة – ١١٥ – على أن [الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لايقع إلا واحدة وكذلك المتتابع ، أو المتعدد في مجلس واحد] .

وكذلك نصت الفقرة – جـ – من المادة – ٨٧ – من مشروع دول مجلس التعاون على الآتي : [لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو كتابة أو إشارة إلا طلقة واحدة] .

موقف قانون الأحوال الشخصية بجمهورية مصر العربية :

كان الحكم السائد في مصر بالنسبة للطلاق الثلاث ، قبل صدور قانون سنة ١٩٢٩م يعتبر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متتابعة في مجلس واحد ثلاثاً مستمداً هذا من مذهب الجمهور .

فقد جاء في المادة – ٢٣٩ – من قانون الأحكام الشرعية لقدري باشا : [وإن قال لها أنت طالق ثلاثاً أو أشار إليها بثلاث أصابع قائلا : طالق هكذا بانت بينونة كبرى] .

وبعد صدور القانون (٢٥) لسنة ١٩٢٩م والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م عدل عن الأخذ برأي جمهور الفقهاء إلى الأخذ برأي القائلين : بالوقوع طلقة واحدة رجعية فقد جاء في المادة الثالثة من القانون المذكور :

[أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لايقع إلا واحدة] .

وبهذا أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، ومن هذه القوانين، مشروع قانون الامارات ، ومشروع دول مجلس التعاون – كما سبق – .

وقد برروا ذلك بأن الناس قد كثر إيقاع الطلاق منهم مما يؤدي إلى شتات الأسرة وإلى مشكلة أسوأ وهي : اللجوء إلى نكاح المحلل ، ويقصدون من هذا أن يتزوج المطلقة ثلاثاً أجنبياً بقصد تحليلها لمطلقها ، فبمجرد أن يعقد عليها ويدخل بها طلقها حتى يتزوجها الأول .

وهذا الذي أخذ به القانون من الأخذ بالقول المرجوح بحجة التيسير على الناس وربما أيضا بتأثرهم بحملات توجه إلى الإسلام من أعدائه بالنسبة لموضوع الطلاق ليس بالأمر الجيد حيث أن الأخذ بشريعة الله وما يطمئن الإنسان إليه إنما يجب أن يكون هو محط النظر والرعاية والأخذ به ، ففي هذا سعادة الناس جميعا وسلامة لهم .

أما أن نتلمس الرخص بحجة التيسير فهذا لن يجدي نفعاً ولن يحقق هدفاً .

المبحث الرابع
" في أنواع الطلاق وحكم كل نوع "
وحكم الرجعة

الطلاق – كما سبق – ينقسم الى تقسيمات عدة باعتبارات متنوعة .

فهو من حيث الصيغة ينقسم إلى : صريح وكناية ، وقد سبق هذا .

ومن حيث التنجيز والتعليق والإضافة ينقسم إلى : طلاق منجز ومعلق ومضاف إلى المستبقل وقد سبق أيضا . ومن حيث الرجعة وعدمها ينقسم إلى : رجعي وبائن .

ومن حيث الموافقه للسنة وعدمها ينقسم إلى : سني وبدعي .

وسوف أتحدث عن هذين التقسيمين فيما يأتي :

أولاً : الطلاق الرجعي والبائن :

ينقسم الطلاق من حيث إمكان الرجعة وعدمها إلى طلاق رجعي ، وطلاق بائن .

والبائن نوعان : طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى .

الطلاق الرجعي وما يتعلق به من أحكام :

الطلاق الرجعي : هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترض بهذه الإعادة ، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل انقضاء العدة . فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا فلا يملك إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد ومهر جديدين .

والدليل على ذلك : قوله سبحانه : ﴿ الطلاق مرتــان فإمســاك بمعـروف أو تسريح بإحسان ﴾ [1] .

بمعنى أن كل طلاق يتبعه أحد أمرين : الرجعة أو التسريح بإحسان [2] .

وقوله سبحانه : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ....﴾ إلى قوله ﴿ وبعولتهن احق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ [3] . فالآية تدل على إمكــان الرجعة مادامت المرأة في العــدة . ولا خــلاف بـين الفقهـاء في أن الطـلاق الرجعـي هـو ماكان بعد وطء وليس الطلقة الثالثة .

ولكن للفقهاء آراء في تحديد ضوابط وحــالات الطـلاق الرجعـي أوضحهـا فيمـا يأتي :

يرى الحنفية : أن كل طلاق رجعي إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على مـال والطلاق بالكتابة المقترن بلفظ ينبيء عن الشدة أو القوة أو البينونـة أو الحرمـة والطـلاق المكمل للثلاث أو المقترن بعدد الثلاث ، والطلاق بسـبب اللعان أو العيـوب التناسـلية التي هي الجب والعنة فيكون الطلاق رجعيا عندهم فيما يأتي :

١- الطلاق الصريح بعد الدخول الحقيقي : فمن قــال لزوجتـه : أنـت طـالق يقع به طلاق رجعي .

٢- الطلاق الكنائي بعد الدخول الذي لايفيد معنى الشدة والبينونة .

مثل قول الرجل لامرأته : اعتدى ، اسـتبرىء رحمـك ، أنـت واحـدة ،فإنـه يقع بهذه الألفاظ الثلاثة طلقة واحدة رجعية إذا نوى الزوج بها الطلاق .

---

(١) البقرة / ٢٢٩ . (٢) إغاثة اللهفان ٢٩٩/١ . (٣) البقرة / ٢٢٨ .

٣- الطلاق الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق أو بسبب الإيلاء .

فالأول : يكون رجعياً لأن قدرة الزوج على الإنفاق متوقعة في أي وقت .

والثاني : يكون رجعيا - ايضا - لتمكين الزوج من العودة إلى معاشرة الزوجة [١] .

ويرى جمهور الفقهاء :

أن كل طلاق يقع رجعيا إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال ، أو كان مكملا للثلاث أو مقترنا بعدد الثلاث .

وعلى هذا لايقع عند الجمهور بطلاق الكنايات إلا الطلاق الرجعي ولو نوى بها البائن ، لأن الصريح لايقع به إلا الطلاق الرجعي فالكناية التي هي أضعف من الصريح لاحتمالها الطلاق وغيره يكون الطلاق الواقع بها رجعيا من باب أولى [٢] .

مايتعلق بالطلاق الرجعي من أحكام :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق الرجعي له أحكام هي :

١- نقص عدد الطلقات : يترتب على الطلاق الرجعي نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج فإذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا بقي له طلقتان ، وإذا طلقها طلاقا آخر بقي له طلقة واحدة .

٢- إنتهاء رابطة الزوجية بانتهاء العدة : فإذا طلقها الزوج طلاقا رجعيا وانقضت العدة من غير مراجعة بانت منه بانقضاء العدة .

---

(١) بدائع الصنائع ١٠٩/٣ - ١١٢ ، حاشية ابن عابدين ٢٥٠/٣ ومابعدها .

(٢) مغني المحتاج ٣٣٧/٣ ، المغني ٢٧٧/٨ ، القوانين الفقهية ٢٢٦ .

٣- إمكان المراجعة في العدة : يملك المطلق مراجعة مطلقته بالقول اتفاقاً وكذا بالفعل عند الحنفية والمالكية والحنابلة مادامت في العدة فإذا انقضت العدة بانت منه فلا يملك إعادتها إليه إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين .

٤- المطلقة رجعيا زوجة : يلحقها طلاق الزوج وظهاره وإيلائه ولعانه ويرث أحدهما صاحبه إذا مات بلا خلاف .

٥- حرمة الاستمتاع :

ذهب الحنفية والحنابلة : إلى القول : بأن الطلاق الرجعي لايحرم الوطء فيجوز الاستمتاع بالرجعية ولو وطئها لاحد عليه ، لأنه مباح .

يقول الحنفية : الطلاق الرجعي لايزيل الملك ولا الحل مادامت في العدة .

والمقصود بالملك : حل الاستمتاع وسائر حقوق الزواج ، والمقصود بالحل بقاء المطلقة رجعيا حلالا لمن طلقها ولا تحرم عليه بسبب من أسباب التحريم (١) .

وذهب المالكية - في المشهور - والشافعية : إلى القول بأنه يحرم الاستمتاع بالمرأة المطلقة طلاقا رجعيا بوطء وغيره حتى بالنظر ولو بلا شهوة ، لأنها مفارقة كالبائن ، ولأن النكاح يبيح الاستمتاع ، فيحرمه الطلاق لأنه ضده ، فإن وطء الزوج المطلقة رجعيا فلا حد عليه ولا يعزر إلا معتقد تحريمه (٢) .

الطلاق البائن بينونه صغرى وأحكامه :

الطلاق البائن بينونة صغرى : هو الذي لايستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد ومهر جديدين .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣٩٨/٣ ، ٣٩٩ . (٢) القوانين الفقهية ٢٢٦ ومابعدها ، مغني المحتاج ٣٤٠/٣ .

وذلك كالطلاق قبل الدخول ... والطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته مالم يكن مكملا للثلاث [1] .

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى :

يظهر أثر الطلاق البائن بينونة صغرى في الآتي :

١- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي .

٢- زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق : فيحرم الاستمتاع مطلقا والخلوة بعده ، ولا يجوز مراجعة المطلقة إلا بعقد ومهر جديدين ، ولكن يبقى الحل سواء في العدة أم بعدها بعقد جديد .

٣- يحل بمجرد الطلاق المؤجل - مؤخر الصداق - إلى أحد الأجلين : الموت أو الطلاق .

٤- منع التوارث بين الزوجين : بمعنى إن مات أحدهما أثناء العدة لايرثه الآخر ، لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية بمجرد صدوره إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقامت قرينة على الزوج بقصد حرمان الزوجة من الميراث ، فإنها عند الجمهور ترثه إن مات في العدة ، وكذا بعد العدة عند المالكية معاملة له بنقيض مقصوده .

الطلاق البائن بينونة كبرى وأحكامه :

الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الذي لايستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بآخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه .

---

(١) المراجع السابقة ، المغني ٢٧٢/٨ .

وذلك يكون بعد الطلاق الثلاث سواء أكـان مكمـلاً للثـلاث تفريقـاً بـأن يطلـق الزوج زوجته كل مرة طلقة ، أو كان هذا بالثلاث لفظاً أو إشارة . مثـل : أنـت طـالق ثلاثا ، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث ، أم مكرراً في مجلس واحد ...

هذا إذا لم يقصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة ، فإن قصدها فـلا يقـع إلا طلقـة واحدة .

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى :

الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معا ولا يبقى للزوجية أثر سـوى العدة وما يتبعها فيحل به الصداق المؤجـل إلى الطـلاق أو الوفـاة ويمنـع التـوارث بـين الزوجين إلا إذا كان الطلاق فرارا فيعامل بنقيض مقصوده .

وتحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤقتا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غـيره نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يمـوت عنهـا وتنقضـي عدتهـا منه وذلك لقوله سبحانه :﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد أن تنكح زوجا غيره** ﴾ .

ولما أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشـة رضـي ا الله عنهـا – أن رسـول ا الله – صلى ا الله عليه وسلم – سئل عن المرأة يتزوجها الرجل فيطلقها قبل أن يدخل بها أتحل لزوجهـا الأول ؟ قـال [لا ، حتـى يـذوق عسـيلتها] ولا يحصـل هـذا إلا بالوطء .

ومعلوم أن هذا لايتأتى إلا حينما يكون الزوج الثاني أهلا للجماع بمعنـى أنـه لايكون طفلا أو ما أشبه ذلك .

وشروط الوطء : التقاء الختانين ولو من غير إنزال في رأي جماهير العلماء .

إلا الحسن البصري قال: لاتحل إلا بوطء وإنزال وجمهور العلماء : علـى أن

الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجة ويوجب الصداق هو : التقاء الختانين [1] .

وقد نص مشروع قانون الامارات ، وكذلك مشروع دول مجلس التعاون على الطلاق الرجعي والبائن في المواد الآتية :

فقد نصت المادة - ١١٦ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ، والطلاق المكمل للثلاث ، وما نص على كونه بائنا في القانون] .

وكذلك نصت المادة - ٨٩ - من مشروع القانون لدول مجلس التعاون على الآتي :

[كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق المكمل لثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والطلاق على بدل ، وما نص القانون على بينونته] .

وواضح أن المشروعين متفقان في تحديد الطلاق البائن ، ولكن الخلاف في الترتيب فقط .

وكذلك قد نصت المادة - ١٠٤ - من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- الطلاق نوعان : رجعي وبائن .

٢- والطلاق الرجعي لاينهي الزوجية إلا بانقضاء العدة .

٣- والطلاق البائن ينهي الزوجية حين وقوعه .

---

(١) المغني ٤٧١/٨ ، ٤٧٢ ، والاجماع لابن المنذر ٤٥ / مسألة ٤١١ ، نظام الأسرة كلية الشريعة ص ٢٤١ - ٢٤٦

ونصت المادة – ٨٨ – من مشروع دول مجلس التعاون على ذلك أيضا ، وهما متفقان في ذلك . وقد أعتبر مشروع دول مجلس التعاون المخالعة طلاقا بائنا في المادة – ٩٥ – فقرة جـ .

التوكيل في الطلاق والتفويض فيه [1] :-

التوكيل : وهو أن يوكل الزوج غيره في تطليق زوجته ، ومعلوم أن الزوج الذي يملك هذا ، هو الذي يصح طلاقه ، ولايكون هذا إلا لأجنبي سواء صدر بلفظ الوكالة أم غيرها كطلق امرأتي ، والوكيل مقيد برأي الموكل ، فإذا خالفه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل ، وإذا لم يقيده بشيء معين طلق متى شاء .

التفويض :

الزوج الذي يملك الطلاق ويملك التوكيل فيه ، يملك التفويض فيه ، ويكون للزوجة بالإجماع لأنه – صلى الله عليه وسلم – خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته ، عندما نزل قوله سبحانه : **﴿ يا أيها النبي قل لأزوجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ﴾** .

وإذا كان التفويض لغير الزوجة فهو تعليق الطلاق على مشيئة شخص أجنبي كأن يقول له طلق زوجتي إن شئت .

وألفاظ تفويض الطلاق إلى الزوجة ثلاثة :

١– طلقي نفسك .

٢– اختاري نفسك .

٣– أمرك بيدك .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧ / ٤١٤ – ٤٢٤ .

واللفظ الأول لماكان من صريح الطلاق قالوا إن تفويض الطلاق بــه لايحتـاج إلى نية .

والأخيران لما كانا من كنايات الطلاق قالوا إن تفويضه بهما يحتاج إلى نيــة أو دلالة الحال كما هو المذهب الحنفي .

بدء التفويض :

التفويض قد يكون قبل إنشاء عقد الزواج ، وقـد يكـون مقارنـا لهـذا العقـد أو بعده أثناء الزوجية ، فإذا كان بعد تمام عقد الزواج كان صحيحا وترتبـت عليـه آثـاره بلا خلاف . وإذا كان قبـل العقـد كقـول الرجـل للمـرأة : إن تزوجتـك فـأمرك بيـدك تطلقين نفسك متى شئت ثم تزوجها ، كان لهذه الزوجة حق تطليق نفسها متى شاءت عند الحنفية ، لأن تعليق الطلاق على الـزواج جـائز عندهـم ، وهـذا التفويـض تعليـق للطلاق على الزواج ، وقد جعله – أي الطلاق – حسب مشيئتها ولهذا لافرق بين قول الرجل إن تزوجتك فأنت طالق وقوله : إن تزوجتك فأنت طالق إن شئت .

أما إذا كان التفويض مقارنا لإنشاء العقد فإنهم أشترطوا لصحة هــذا التفويـض أن يكون الإيجاب صادرا من الزوجة أو وكيلها ، كأن تقول للرجل : تزوجتـك علـــى أن الطلاق بيدي ، أو متى شئت ، أو كما شئت ، ويقبل الرجل التفويض .

فإن بدء الرجل بالإيجاب ، فقال للمرأة : تزوجتك علـى أن أمـرك بيـدك أو تطلقـين نفسـك متـى شـئت ، وقبلـت المـرأة الإيجـاب ، يصح الـزواج ، ولا يصـــح التفويض ، لأن الزوج في هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يكون عقد الــزواج قد تم ، ولا يملك الزوج الطلاق قبل تمام الزواج ، وليس للشخص أن يملك غيره شـيئا وهو في نفس الوقت لايملكه .

وإذا صح التفويض بإيجاب المرأة وقبول الرجل ، حين العقد ، وكان مطلقا عن التقييد بزمن معين ، كأن تقول له :(تزوجتك على أن طلاقي بيدي) فيقول قبلت ، يقيد ملكها الطلاق بمجلس إنشاء العقد لهذا لوانتهى مجلس العقد ، لم يكن لها الحق في طلاق نفسها بعدئذ .

أما إذا قالت المرأة لرجل زوجتك نفسي على أن يكون أمر الطلاق بيدي أطلق نفسي متى شئت فقال : قبلت ، تم عقد الزواج وصح التفويض ، ولا يتقيد بزمن لعمومه .

حق الزوج في الطلاق مع التفويض :

التفويض بالرغم من أنه تمليك عند الحنفية ، فهو يشبه التوكيل فيبقى للزوج حق إيقاع الطلاق ، بعد أن يفوض الطلاق إلى زوجته ، وهذا مثل حق الموكل في أن يتصرف في الأمر الموكل فيه بعد التوكيل .

الفرق بين التوكيل والتفويض :

التوكيل والتفويض وإن كان كل منهما عند الحنفية لايسلب الزوج حقه في إيقاع الطلاق ، إلا أنهم يفرقون بينهما في أمور [(1)] .

١- إذا صدر التفويض لايملك الزوج الرجوع عنه ، أما التوكيل فيملك الموكل الرجوع عنه ، مادام الوكيل لم ينفذ ما وكل به .

٢- المفوض إليه يعمل في التفويض باختياره وبمشيئة نفسه ، لأن الزوج ملكه هذا الحق ، أما في التوكيل فإن الوكيل يعمل بمشيئة غيره ووفق هذه المشيئة ، لأن

---

(١) فتح القدير ٣/١٠٠ ، رد المحتار ٢ / ٦٥٣ .

الوكيل يعتبر ممثلا للموكل ونائبا عنه ، لامالكا للحق الذي وكل فيه .

٣- التفويض المطلق يتقيد بالمجلس ، أما التوكيل فإن للوكيل بالطلاق من حقه أن يطلق في مجلس التوكيل وما بعده مادامت الوكالة مطلقة .

٤- التفويض لايبطل بجنون الزوج ، لأنه في معنى التعليق ، أما التوكيل فيبطل بجنون الزوج ، لأن الجنون يخرجه عن الأهلية ، وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة [1] .

وقد نصت المادة -١١٢- من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- للزوج أن يوكل غيره للطلاق ، ولا يملك الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذنه ، ويعتبر تفويض غير الزوجة توكيلا .

٢- وإذا عزل الموكل الوكيل انتهت الوكالة وإن لم يعلم الوكيل] .

والمادة - ٨٤ - من مشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون تشير إلى هذا المعنى أيضا .

نكاح المحلل :-

هو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثا على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وإنما تزوجها ليحلها للزوج الأول .

وقد يكون التحليل بشرط صريح في العقد ، وقد يكون النكاح بقصد التحليل دون شرط .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٤٢٣ - ٤٢٤ .

أولاً : النكاح بشرط التحليل :

إذا تزوج شخص من المطلقة ثلاثا بشرط صريح في العقد على أن يحلها الزوج الثاني لزوجها الأول ، فهذا النكاح فاسد وحرام عند جمهور الفقهاء ، وذلك لقول بن مسعود – رضي ا لله عنه – لعن رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – المحلل والمحلل له [1] . ولقوله – صلى ا لله عليه وسلم – : [ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يارسول ا لله قال : هو المحلل ، لعن ا لله المحلل ، والمحلل له] [2] .

والنهي يدل على فساد النهي عنه ولا يطلق اسم الزاوج الشرعي على الزواج المنهي عنه .

ثانياً : النكاح بقصد التحليل دون شرط :

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية : إلى القول : بأن الزواج إذا قصد به التحليل من غير شرط في العقد ، صحيح وتحل المرأة بوطه الزوج الثاني للزوج الأول ، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع الزواج صحيحا لتوافر شروط الصحة في العقد كما لو نويا التوقيت وسائر المعاني الفاسدة [3] .

وذهب المالكية والحنابلة : إلى القول : بأن الزواج بقصد التحليل بدون شرط في العقد ، باطل ولا تحل به المرأة لزوجها الأول لقوله – صلى ا لله عليه وسلم – : [لعن ا لله المحلل والمحلل له) وعملا بمبدأ سد الزرائع الى الحرام] [4] .

---

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي ، نيل الأوطار ١٣٨/٦ .

(٢) رواه ابن ماجه عن عقبة ابن عامر نيل الأوطار ١٣٦/٦ .

(٣) بدائع الصنائع ١٩٨/٤ ، مغني المحتاج ١٨٣/٣ ، المحلى ٢٢٠/١٠ .

(٤) بداية المجتهد ٨٧/٢ ، العدة شرح العمدة ٣٨٧ .

الراجح : هو ماذهب إليه الحنفيـة والشافعية وغيرهم من أن الزواج بقصد التحليل من غير شرط في العقد صحيح ، وتحل المرأة للزوج الأول بعد وطء الزوج الثاني ، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر ، والمعروف أن العبرة في العقود للألفاظ وليس للمعاني .

وقد نصت المادة – ١١٤ – من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

٢- زواج المطلقة بزوج آخر يهدم بالدخول طلقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث فإذا عادت إلى الزوج السابق ملك عليها ثلاث طلقات جديدة] .

وكذلك نصت المادة – ١٨– من هذا المشروع على أنه (لايصح أن يتزوج الرجل مطلقته طلقة ثالثة إلا بعد إنقضاء عدتها من زوج آخر ، دخل بها فعلا في زواج صحيح] .

ثانيا : الطلاق السني والبدعي [١] :

ينقسم الطلاق من حيث موافقته السنة والبدعة إلى : طلاق سني وطلاق بدعي .

والسني : ماأذن الشارع فيه .

والبدعي : مانهى الشارع عنه .

والأصل في هذا التقسيم قوله سبحانه وتعالى : ﴿ **يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** ﴾ [٢] وقد فسر ابن عباس وابن مسعود هذه الآية بقولهم :

---

(١) نظام الأسرة كلية الشريعة ٢٤٩ – ٢٥٢ . (٢) الطلاق / ١ .

طاهرات غير جماع ، لهذا قال الفقهاء : حتى يكون الطلاق مشروعا فلا بد من كونه واحدة ، وكونه في طهر لم يجامع الزوج زوجته فيه .

وكذلك حديث عبد الله بن عمر ، فقد أخرج البخاري ومسلم من طريق مالك عن نافع بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما – أنه – أي عبد الله – طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فسأل عمر بن الخطاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك فقال له رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: [مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء امسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء] [1] .

هذا ومع اتفاق الفقهاء على هذا التقسيم فإن لهم أراء في تفسير الطلاق السني والبدعي ونوع الحكم في البدعي .

فذهب الحنفية : إلى القول بأن الطلاق ينقسم إلى سني وبدعي ، والطلاق السني عندهم نوعان : حسن وأحسن .

فأحسن الطلاق : أن يطلقها طلقة واحدة في طهر لاجماع فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها .

وأما الحسن : فهو أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها في كل طهر طلقة .

وذلك بأن يطلقها واحدة لطهر لاجماع فيه ، ثم إذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ، ثم إذا حاضت وطهرت طلقها أخرى .

(١) صحيح البخاري ٧/ ٤١ .

وأما الطلاق البدعي : فهو أن يطلقها وهي حائض أو في طهر جامعها فيه ، أو أن يطلقها ثلاثاً أو اثنتين في طهر واحد [1] .

وذهب المالكية [2] . إلى أن الطلاق السني هو : أن يطلق الزوج زوجته في طهر لم يقربها فيه طلقة واحدة ثم لايتبعها طلاقا حتى تنقضي العدة .

الطلاق البدعي : هو الطلاق في الحيض أو النفاس والطلاق في طهر جامعها فيه ، وإيقاع أكثر من طلقة في طهر واحد أو أن يطلقها طلاقا آخر قبل انقضاء عدتها .

وذهب الشافعية [3]: إلى أن الطلاق السني : هو أن يطلق الرجل إمرأته طلقة واحدة في طهر لم يقربها فيه ، وإن أراد الثلاث فرقها في كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف ، وإن جمع الطلقات الثلاث في طهر واحد جاز ولا يحرم ، لأن فاطمة بنت قيس شكت للنبي – صلى الله عليه وسلم – أن زوجها طلقها البتة ، قال الشافعي – رضي الله عنه – يعني والله أعلم : ثلاثا ، ولم نعلم أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن ذلك ، وقد فعله جمع من الصحابة ، وأفتى به آخرون .

وأما الطلاق البدعي : فهو أن يطلق المدخول بها في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه قبل أن يستبين حملها .

ووافق الحنابلة [4] الشافعية في رأيهم بالنسبة للطلاق السني والبدعي ، ولكنهم استحبوا مراجعة المطلقة في حيض ، ووجوب إمساكها حتى تطهر ، ثم

---

(١) بدائع الصنائع ٩١/٣ – ٩٦ ، فتح القدير ٢٢/٣ – ٣٧ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٢٥ ، والشرح الصغير ٥٣٧/٢ – ٥٤١ .

(٣) مغني المحتاج ٣٠٧/٣ – ٣١٢ ، المهذب ٧٩/٢ ، ٨٩ .

(٤) المغني ٨ / ٩٨ – ١١٣ ، كشاف القناع ٥ – ٢٦٩ – ٢٧٦ .

استحباب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر ، وهذا كما حدث بالنسبة لابن عمر الذي أمره النبي – صلى ا لله عليه وسلم – بذلك .

حكم الطلاق البدعي :

إتفق الفقهاء على أن الطلاق البدعي معصية فاعله آثم ، فهو عند الجمهور حرام شرعاً .

والعلة في التحريم : أن الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه : فيه ضرر بالمرأة بتطويل العدة عليها – لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لاتحتسب من العدة وزمان الحيض زمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة .

ولكن هل يقع الطلاق البدعي أم لا ؟ .

ذهب الجمهور إلى وقوع الطلاق في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه إلا أن موقعه آثم لمخالفته السنة في وقوع الطلاق [1] . واستدل هؤلاء على وقوع الطلاق بالحديث المروي عن بن عمر السابق .

وذهب الشيعة الإمامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم :

إلى عدم وقوع الطلاق في الحيض أو النفاس أو في طهر جامع الزوج زوجته فيه [2] .

وأستدل أصحاب هذا الرأي على عدم وقوع هذا الطلاق برواية أخرى قال فيها :(فردها عليّ رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – ولم يرها شيئاً) وهذا واضح الدلالة على عدم وقوع الطلاق .

---

(١) فتح القدير ٢٨/٣ ، الشرح الصغير ٥٣٧/٢ ، مغني المحتاج ٣٠٧/٣ ومابعدها ، العده شرح العمده ٤١١ - ٤١٢ .

(٢) المختصر النافع ٢٢١ ، المحلى لابن حزم ١٩٧/١٠ فتاوي ابن تيميه ٢٥/٣ ، زاد الميعاد ٤٤/٤ .

الرجعة وأحكامها :

تعريف الرجعة : الرجعة في اللغة : المرة من الرجوع [(١)] .

إصطلاحا عرفها الحنفية : بأنها استدامة الملك القائم بلا عوض مادامت في العدة .

أي استدامة الزواج في أثناء عدة الطلاق الرجعي [(٢)] . وهذا يعني أن الرجعة تدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعي وأنها استدامة له وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله ، وهذا يتفق مع مبدأ بقاء أحكام الزواج بعد الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن** ﴾ [(٣)] سماه بعلاً وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهم [(٤)] .

وعرفها الجمهور : بأنها إعادة المطلقة طلاقا غير بائن إلى الزواج في العدة بغير عقد ، وهذا يعني أن الزواج ينتهي بالطلاق الرجعي وأن الرجعة تعيده بعد زواله [(٥)] .

وأعتقد أن ما قاله الحنفية هو الراجح لإطلاق البعولة عليه في القرآن وهذا معناه بقاء الزوجية .

مشروعيتها : الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

---

(١) مختار الصحاح ص ٢٣٤ .

(٢) الطلاق الرجعي عندهم – الحنفية – : هو " كما سبق ذكره " : تطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال بصريح الطلاق غير المقترن بعدد الثلاث أو ببعض الكنايات المخصوصة وهي : اعتدى واستبرئي رحمك وأنت واحده .

(٣) البقرة / ٢٢٨ . (٤) حاشية بن عابدين على الدر المختار ٣٩٧/٣ ، المبسوط للسرخسي ٦ / ١٩ .

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٨٥/٣ ، نهاية المحتاج ١٤٧/٦ ، كشاف القناع ٣٩٢/٥ .

أما الكتاب : فقوله سبحانه وتعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ [1] أي أحق بمراجعتهن ، وقوله سبحانه : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ [2] . والإمساك مفسر بالرجعة .

وأما السنة : فقوله - صلى الله عليه وسلم - (أتاني جبريل فقال : راجع حفصة فإنها صوامة قوامة وإنها زوجتك في الجنة) [3] .

وقد دل هذا الحديث على جواز الرجعة لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لايفعل إلا ما كان جائزاً مباحاً مشروعاً .

وروى أن بن عمر قال : طلقت إمرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال (مُره فليراجعها) [4] .

وأما الإجماع : فقد قال ابن قدامة : [5] . (وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره بن المنذر) [6] .

وأما المعقول : فالحاجة إلى الرجعة بعد أن يطلق الزوج زوجته ماسة بل قد تبدوا ضرورية فقد يندم على مافعل أو يتبين له خطأ فعله ولهذا جعل له الشارع فرصة المراجعة في الطلاق الرجعي وقد انفردت الشريعة الاسلامية بهذا النظام عن بقية الشرائع والقوانين فأعطت للزوج حق المراجعة خشية أن يكون طلاقه نتيجة وهم

---

(١) البقرة / ٢٢٨ . (٢) البقرة / ٢٢٩ .

(٣) الحديث رواه أبو داود وغيره عن عمر بن الخطاب بإسناد حسن .

(٤) متفق عليه في البخاري ومسلم ٥٩/٧ .

(٥) المغني لابن قدامه ٤٧/٨ . (٦) الاجماع لابن المنذر - كتاب الطلاق ص ٤٣ .

خاطىء فيتدارك ذلك أو قد ترجع المرأة الى صوابها فتصلح أخطائها .

وبناء على ذلك : إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها طلقة رجعية أو طلقتين فله أن يراجعها في عدتها سواء رضيت بذلك أم لم ترض لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ [1] فجعل الحق للأزواج ، وقال سبحانه ﴿ **فأمسكوهن بمعروف** ﴾ [2] . وخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن إختيارا : ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه وأجمع أهل العلم على هذا [3] .

شروط الرجعة [4] :

الرجعة لاتصح إلا إذا تحقق فيها الشروط الآتية :-

١- أن تكون بعد الطلاق الرجعي والزوجة مازالت في عدتها . فإن كان الطلاق بائنا لاتصح ، لأن البائن يزيل الزوجية في الحال . لهذا لايملك إعادتها إلا بعقد ومهر جديدين ، وإن كان رجعيا والعدة قد انتهت فلا تصح أيضا لأن بانتهاء العدة زالت الرجعية وأصبح بائنا فيغلق باب الرجعة .

٢- كذلك يشترط أن تكون الرجعة منجزة فلا تكون معلقة ولا مضافة إلى زمن مستقبل لأنها تعتبر استدامة للنكاح فتكون شبيهة به ، ومعلوم أنه لايصح التعليق والإضافة في إنشائه فكذلك لايصح في استدامته . فلو قال لها : إن حضر أخوك فقد راجعتك لاتصح الرجعة ، وكذلك لو قال لها : راجعتك في أول الشهر القادم .

---

(١) البقرة / ٢٨٨ . (٢) البقرة / ٢٣١ .

(٣) المغني لابن قدامه ٤٧٦/٨ ، ٤٧٧ .

(٤) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ٥٢٨ .

٣- ويشترط عند الجمهور - غير الحنفية - أن يكون المراجع أهلا لمباشرة عقد الزواج ، بأن يكون بالغا عاقلا مختارا ، لأن الرجعة مثل إنشاء عقد الزواج ، فلا تصح من مجنون ولا سكران ولا صبي ، ولا من مكرَه ، كما لايصح الزواج كذلك .

وعند الحنفية : يشترط كذلك في الرجعة بالقول أن يكون المراجع أهلا لمباشرة عقد الزواج ، لذلك لاتصح من المجنون ولا النائم والمغمى عليه ، وتصح من الصبي لأن نكاحه صحيح يتوقف على إجازة وليه ، وكذلك تصح مع الإكراه أو الهزل . وهي تصح من الهازل أيضا عند الثلاثة لقوله - صلى الله عليه وسلم - (ثلاث جد هن جد وهزل هن جد النكاح والطلاق والرجعة) .

أما الرجعة بالفعل - عند الحنفية - فإنه لايشترط فيها ذلك ، فلو طلقها ثم أصيب بالجنون أو أصابه عته ثم فعل بها فعلا يوجب حرمة الصاهرة كان ذلك رجعة .

ماتحصل به الرجعة : لاخلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الصريح الدال عليها كقول المطلق لمطلقته راجعتك أو راجعت زوجتي أو رددت زوجتي الى عصمتي وغير ذلك من الألفاظ الصريحة التي لاتحتمل غير المراجعة .

أما إذا كان اللفظ كناية وهو مايحتمل الرجعة وغيرها فتصح المراجعة به مع النية وذلك عند الجمهور . كقول الزوج : أنت عندي الآن كما كنت أنت امرأتي ، فإذا نوى بهذه الألفاظ الرجعة صحت وإلا فلا .

هل تصح المراجعة بالفعل ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب الشافعية والظاهرية : إلى أن الرجعة لاتصح بالفعل واستدلوا على ذلك بما يأتي :-

(١) أن بن عمر لما طلق زوجته في الحيض أمره النبي – صلى الله عليه وسلم – بمراجعتها . ولما كان لايجوز قربان الزوجة أثناء الحيض فدل على أن المراجعة بالقول لا بالفعل .

ونوقش هذا : بأنه ليس فيه ما يدل على عدم جواز المراجعة بالفعل بل كل مافيه هو جواز المراجعة بالقول .

(٢) أن النكاح قد زال بالطلاق والوطء من آثار النكاح فوجب أن يزول بزوال النكاح لأن الرجعة – عند الشافعية – إعادة النكاح التي أزاله الطلاق لقوله سبحانه : ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ [١] . والرد معناه الإعادة [٢] .

وذهب الحنفية [٣] والمالكية والحنابلة : إلى أن الرجعة تصح بالفعل كالوطء ومقدماته من تقبيل ولمس وشهوة . إلا أن المالكية اشترطوا النية مع الفعل فإذا نوى بالفعل الرجعة صحت وإلا فلا [٤] .

---

(١) البقرة / ٢٨٨ .

(٢) مغني المحتاج ٣٣٦/٣ ، مختصر المزني ٨١/٤ المحلى لابن حزم ٣٥٢/١٠ .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٩/٦ ، ٢٠ ، ٢١ .

(٤) شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٢/٢ .

والحنابلة اشترطوا الوطء فقالوا : تصح الرجعة بالفعل على أن يطأها أما مادون ذلك فلا تصح به الرجعة وهذا هو المذهب عندهم . قال في الإنصاف (وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينو وهذا هو المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب) [1] .

واستدلوا على صحة الرجعة بالفعل بما يأتي :

١- أن الرجعة هي استدامة للنكاح ، وليست إنشاء له واستدامة النكاح لاتختص بالقول ولهذا حل له الوطء لأنها زوجته .

٢- إن الله قد سمى الزوج بعلاً في قوله سبحانه ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن** ﴾ [2] .وإنما يكون أحق إذا استبد به والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعي دليل على بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة ففيه إشارة إلى أن وطأها حلال له .

هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة ؟

قال الحنفية : تصح الرجعة بفعل من الزوجة فإذا جامعت الزوجة المطلقة رجعيا زوجها وهو نائم أو كان مجنونا أو لمسته أو قبلته بشهوة فالرجعة تثبت بفعلها مادامت في العدة . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن فعلها به كفعله بها فإن الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله فكذلك الرجعة .

وعند أبي يوسف : لاتثبت الرجعة باللمس والتقبيل بشهوة من جانب المرأة وتثبت بالمجامعة فقط . لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية

---

(١) الإنصاف ٩/١٥٤ .　　(٢) البقرة ٢٨٨ .

استبقاء الملك فلا يكون فعلها بغير المجامعة رجعة [١] .

الرجعة بقصد المضارة :

إذا راجع الزوج زوجته بقصد المضارة لا الإصلاح والتوفيق فهل تصح هذه الرجعة أم تعتبر باطلة ؟

إذا تتبعنا آيات القرآن الكريم التي جاءت بأحكام المراجعة ترى أنها قيدت الزوج بمراجعة زوجته في كل موضع أباحت له ذلك كقوله سبحانه : ﴿ **فإمساك بمعروف** ﴾ [٢] . وقوله سبحانه ﴿ **ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا** ﴾ [٣] .وقوله سبحانه وتعالى ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً** ﴾ [٤] .

فمن راجع زوجته وفق ماجاء في القرآن الكريم فرجعته صحيحة بدون خلاف بين الفقهاء . أما المراجعة بقصد تطويل العدة أو المراجعة بقصد الطلاق ثانية أو ثالثة حتى تبين منه بينونة كبرى فهذا حرام لايجوز لمخالفته المشروع .

لكن هل تصح الرجعة في هذه الحالة – قصد المضارة – مع الإثم أم لاتصح لأنها فقدت شرطا من شروط صحتها حيث لم تكن بقصد الإصلاح بل بقصد المضارة .

قال جمهور الفقهاء : الرجعة صحيحة ويأثم الزوج إن قصد إضرار زوجته بهذه المراجعة .

واستدلوا على ذلك : بقوله سبحانه : ﴿ **ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** ﴾ [٥] . بعد النهي عن المراجعة ضراراً .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢١/٦ . (٢) البقرة / ٢٢٩ . (٣) البقرة / ٢٣١

(٤) البقرة / ٢٢٨ . (٥) الطلاق . ١

ووجه الاستدلال : أنه لايكون ظالما لنفسه إلا إذا كانت رجعته واقعة وإن قصد بها الإضرار بمطلقته إذ لو لم تكن الرجعة صحيحة وكانت لغوا لما كان هناك وجه لوصفه بأنه ظالم لنفسه .

وقال ابن حزم وابن تيمية : الرجعة بقصد المضارة باطلة لمخالفتها القرآن الكريم .

قال ابن تيمية : إن الله سبحانه حرم على الرجل أن يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها [(١)] .

يقول الشيخ حسن مأمون : ونحن نميل إلى رأي الجمهور إذا لم توجد قرائن على أن المطلق قصد المضارة بمراجعة مطلقته ، وإلى الأخذ بقول مخالفيهم إذا وجدت هذه القرائن [(٢)] .

ويؤيد ذلك ماقاله ابن العربي في قوله سبحانه : ﴿ إن أرادوا إصلاحاً ﴾ [(٣)] .

المعنى : إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما لاعلى وجه الإضرار والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فذلك له حلال ، وإلا لم يحل له] .

والذي يفهم من هذا النص : أن المانع من عدم اعتبار الرجعة التي حصلت بقصد الإضرار هو أن هذا القصد أمر باطني ليس من السهل إثباته والاطلاع عليه .

---

(١) الأختيارات العلمية لابن تيمية ص ٢١١ .

(٢) فقه القرآن والسنة للشيخ حسن مأمون ص ١٣٠ .

(٣) البقرة / ٢٢٨ .

أما إذا ثبت الإضرار وتبين لنا أن الرجل لم يراجع زوجته إلا بقصد مضارتها فالذي يفهم من كلام بن العربي هو : أن الرجعة في هذه الحالة التي تقوم القرائن على المضارة رجعة باطلة .

ويؤيد هذا – أيضا : أن أحكام الرجعة جاءت في القرآن الكريم لتبدل ماكان عليه العرب حين كانوا يطلقون ثم يراجعون للمضارة فنزلت الآية : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا** ﴾ [١] . تنسخ ماكانوا عليه .

الإعلام بالمراجعة :

إذا راجع الزوج زوجته بالقول فهل يشترط إعلامها بذلك فقد يغيب عنها وهي لاتعلم المراجعة فتنقضي العدة فتتزوج أم لايشترط ذلك ؟ .

ذهب جمهور الفقهاء : إلى أنه لايشترط إعلام المرأة بالرجعة فتصح الرجعة ولو لم تعلم بها الزوجة لأن الرجعة حق خالص للزوج لايتوقف على رضا المرأة فلا يفتقر إلى علمها كطلاقها لكن يندب إعلام الزوجة بها حتى لاتتزوج غيره بعد انقضاء العدة ، وحتى لاتقع المنازعة بين الزوجين إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة وإذا تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء عدتها وأثبت زوجها الأول مراجعتها قبل انقضاء عدتها صحت الرجعة وفسخ الزواج الثاني [٢] .

وذهب الظاهرية : إلى أنه يشترط لصحة الرجعة إعلام المرأة بها فيجب على الرجل إعلام المرأة بالرجعة وإلا كانت باطلة .

---

(١) البقرة / ٢٢٨

(٢) مجمع الأنهر ١/ ٤٣٢ شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٧/٣ ، المغني لابن قدامه ٤٩٨/٨

واستدلوا على ذلك : بأن ا لله منع المضارة فى المراجعة وعدم إعلام الزوجة برجعتها هو عين المضارة ولهذا كانت باطلة [1] .

والذي أراه : أن وجوب إعلام المرأة بمراجعتها أقرب الى المصلحة فيجب الأخذ به فقد تتزوج الزوجة بعد مضي عدتها وهي لاتعلم مراجعتها .

الإشهاد على المراجعة :

هل الإشهاد شرط في صحة الرجعة أم لا؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : أن الإشهاد على الرجعة ليس شرطا في صحتها وإليه ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية – في مشهور المذهب – والشافعية في الجديد والحنابلة في أصح الروايتين عن أحمد .

ولكن الإشهاد عليها مستحب إحتياطا خوفا من إنكار الزوجة لها بعد إنقضاء العدة وقطعا للشك في حصولها وابتعادا عن الاتهام في العودة الى معاشرة الزوجة فيقول الزوج للشاهدين ، اشهدا على أني قد راجعت امرأتي إلى زوجيتى أو نكاحي . أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي فإن لم يشهد على رجعتها صحت الرجعة [2] .

واستدلوا على ذلك بما يأتي :-

١- ماروى أن ابن عمر – رضي ا لله عنهما -: طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي – صلى ا لله عليه وسلم – بمراجعتها ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة ولو كان شرطا لأمر به .

---

(١) المحلى لابن حزم ٢٥٣/١٠ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٩/٦ ، شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٧/٣ ، نهاية المحتاج ١٤٧/٦ ، الإنصاف ١٥٢/٩ ، المغني لابن قدامة ٤٨١/٨ .

٢- سئل عمران بن الحصين عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ؟

فقال : طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة اشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد (١) .

٣- إنه لم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم .

٤- إن الرجعة حق للزوج لايتوقف على رضا المرأة فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر الحقوق .

٥- إن الشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته وليست شرطا لبقائه والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له فلا تكون شرطا لصحتها .

٦- قياس الرجعة على الطلاق فالإشهاد ليس بشرط حين الطلاق فكذلك لايشترط حين المراجعة .

القول الثاني : أن الإشهاد شرط في صحة الرجعة فيجب الإشهاد حين المراجعة وإلا لم تصح .

وإلى هذا ذهب الظاهرية والشافعي في مذهبه القديم ورواية عن الامام أحمد (٢) .

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه و لم يقل : (ولاتعد) (نيل الأوطار للشوكاني ٢٥٣/٦ .

(٢) المحلى لابن حزم ٢١٦/١٠ ومابعدها ، نهاية المحتاج ١٤٧/٦ ، المغني لابن قدامة ٤٨١/٨ .

واستدلوا على ذلك :

بقوله سبحانه : ﴿ **فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم** ﴾ [1] .

ووجه الدلالة : أن قوله سبحانه ﴿ **وأشهدوا** ﴾ أمر والأمر للوجوب . ولأن الشهادة شرط في إنشاء الزواج بالاتفاق فتكون شرطا في استدامته بالرجعة .

وردّ هذا من قبل الجمهور :

بأن الأمر في الآية محمول على الندب والاستحباب لأن قوله سبحانه ﴿ **وأشهدوا ذوي عدل منكم** ﴾ وارد عقب قوله ﴿ **أو فارقوهن بمعروف** ﴾ وقد أجمع العلماء على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق فتكون الرجعة مثله .

وأما قولهم : إن الشهادة شرط في إنشاء الزواج فتكون شرطا في استدامته فغير مسلم لأن الشهادة إنما جعلت شرطا لابتداء الزواج لخطورته وليس شرطا لبقائه والرجعة إبقاء للزواج واستدامة له فلا تكون شرطا لصحتها .

وبهذا يظهر لنا أن قول الجمهور بأن الإشهاد على الرجعة ليس شرطا في صحتها وإنما هو مندوب ومستحب هو الراجح لقوة أدلتهم وضعف أدلة مخالفيهم .

اختلاف الزوجين في الرجعة :

إذا توافق الزوجان على الرجعة في أثناء العدة ثبتت وترتب عليها أثرها .

وإن اختلف الزوجان : فإما أن يكون الخلاف في حصول الرجعة أو في صحتها .

---

(١) الطلاق / ٢

١- الخلاف في حصول الرجعة :

إذا اختلف الزوجان في حصول الرجعة بأن ادعاها الزوج فقال : راجعتك ، وأنكرت المرأة ، فإن كان ذلك قبل إنقضاء العدة فالقول قول الزوج اتفاقا ، لأنه يملك الرجعة فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها حين ملك الطلاق .

وإن كان بعد انقضاء العدة : فإن أثبت الرجل دعواه بالبينة أو صدقته المرأة في قوله : (قد كنت راجعتك في العدة) ثبتت الرجعة ، وإن عجز الرجل عن الإثبات أو كذبته المرأة فالقول قولها بيمينها عند الجمهور وعلى المفتي به عند الحنفية من قول الصاحبين .

وفي رأي أبي حنيفة : لايمين عليها ويقبل قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة [1] .

وإن اختلفا في الإصابة (الوطء) فقال الزوج أصبتك وأنكرت المرأة فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل عدم الإصابة ووقوع الفرقة فهي منكرة واليمين على من أنكر [2] .

٢- الخلاف في صحة الرجعة :

إذا اختلف الزوجان في صحة الرجعة بأن قال الزوج : قد راجعتك في العدة ، فقالت له قد انقضت عدتي قبل رجعتك فلا يخلوا الحال من ثلاثة أقسام :

الأول : أن تدعي انقضاء العدة بالقروء .

---

(١) اللباب ٥٥/٣ ، ٥٦ ، الشرح الصغير ٦١١/٢ ، المهذب ١٠٣/٢ ، المغني لابن قدامه ٤٩٠/٨ ، ٤٩١ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤٩٢/٨ .

الثاني : أن تدعي انقضاء العدة بوضع الحمل .

الثالث: أن تدعي انقضاء العدة بالشهور .

القسم الأول : أن تدعي المرأة انقضاء عدتها بالقروء .

إذا إدعت المراة إنقضاء عدتها بالقروء في مدة يمكن إنقضاؤها فيها قبـل قولهـا لقوله سبحانه : ﴿ **ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق ا لله في أرحامهن** ﴾ [1] .

قيـل في التفسـير هـو: الحيـض والحمـل فلـولا أن قولهـن مقبـول لم يحرجـن بكتمانه ، ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه .

فإن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعى المرأة إنقضاء العـدة عنـده كافية لانقضاء العدة قبل قولهـا بيمينهـا حتـى عنـد أبـي حنيفـة ، لأن انقضـاء العـدة بالحيض لايعرف إلا من جهتها .

وإن كانت المدة التي مضت لاتكفي لانقضاء العدة بأن كانت اقل من أقل مـدة تنتهي فيها العدة شرعا ، فلا يعتبر قولها وتصح الرجعة لظهور قرينة تكذب دعواها .

وأقل مدة تنقضي فيها العدة بالأقراء مبنية على الخلاف في أقـل الطهـر بـين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وعلى الخلاف في القروء هل هـي الحيـض أو الأطهار ؟ .

١ – فالأقراء عند الحنفية هي الحيضات :

وأقل مدة تنقضي بها العدة عندهم : ستون يوما عنـد أبـي حنيفـة ، لأن كـل حيضة عشرة ايام في الأكثر والحيضات ثلاث فهي ثلاثون يوما يتخللهـا طهـران وهمـا

---

(١) البقرة / ٢٢٨ .

ثلاثون يوما أيضا لأن أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما فيكون مجموع ذلك ستين يوما [1] .

وهذا هو الراجح والغالب بين النساء .

٢- والأقراء عند المالكية هي الأطهار :

وأقل مدة تنقضي بها العدة عندهم : شهر ثلاثون يوما ، بأن يطلقها زوجها في أو ليلة من الشهر وهي طاهرة ، ثم تحيض وينقطع عنها الحيض قبل الفجر ، لأن أقل الحيض عندهم يوم أو بعض يوم بشرط أن يقول النساء : إنه حيض ثم تطهر خمسة عشر يوما ، ثم تحيض في ليلة السادس عشر وينقطع قبل الفجر أيضا - ثم تحيض عقيب غروب آخر يوم من الشهر فتكون قد طهرت ثلاثة أطهار :

الطهر الذي طلقها فيه ، ثم الطهر الثاني ، ثم الطهر الثالث فيحدث تمام الشهر ثلاثون يوما [2] .

القسم الثاني : أن تدعي المرأة إنقضاء عدتها بوضع الحمل :

إذا ادعت المرأة إنقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلوا إما تدعي وضع الحمل التام ، أو أنها أسقطته قبل كماله .

فإن ادعت وضعه لتمام : فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لأنه لايكمل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته : لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤١٩/٣ .

(٢) الشرح الصغير ٦١١/٣ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٤ .

من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح لأن أقل سقط تنقضي به العدة مـاأتى عليه ثمانون يوما ، لأنه يكون نطفة أربعون يوما ثم يكون علقة أربعين يومـا ثـم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أن يصير مضغة بحال [(١)] .

القسم الثالث : أن تدعي المرأة إنقضاء عدتها بالشهور :

إذا ادعت المرأة إنقضاء عدتها بالشهور : فلا يقبل قولها فيه لأن الخـلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في وقت الطلاق والقول قول الزوج فيـه فيكـون القـول قولـه فيما ينبني عليه :

إلا أن يدعي الزوج إنقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثـل أن يقـول : طلقتك في شوال ، فتقول هي : بل في ذي الحجة فالقول قولها ، لأنه يدعـي مايسـقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل قوله إلا ببينة [(٢)] .

وقد تحدثت المواد الآتية من مشروع قانون الإمارات عن العدة :

فقد نصت المادة – ١٥٥ – من هذا المشروع على الآتي : [مـع مراعـاة الفقـرة (٢) من المادة – ١٢٠ – يشترط في الرجعة بالقول :

أ – أن تكون منجزة .

ب – أن تكون بإشهاد] .

والفقرة الثانية من المادة – ١٢٠ – قد نصت على الآتي : [وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يساره واستعد للإنفاق بدفعه النفقة التي كان التطليـق بسـبب الامتناع عن أدائها ، وإلا كانت الرجعة غير صحيحة] .

(١،٢) المغني لابن قدامة ٤٨٩/٨ .

وكذلك نصت المادة – ١٥٦ – على الآتي : [إذا كانت الرجعة في غيبة الزوجة يشترط أن تعلم بها ويراعى في إثبات العلم حكم الفقرة (٢) من المادة – ١١٠ – من هذا القانون] .

ونصت المادة – ١١٠ – على مايأتي :

[١– لايقع الطلاق ولا التطليق في غيبة الزوجة إلا إذا علمت به ، ومن تاريخ العلم سواء أكان من الزوج أم من المحكمة .

٢– ويثبت العلم بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن وأخبار الواحد العدل] .

(١) المغني لابن قدامه ٨/٤٨٩ .

المبحث الخامس
" في الخلع ، والإيلاء ، والظهار ، واللعان "

الخلع وأحكامه :

الخلع لغة : الإزالة واستعمل في إزالة الزوجية بضم الخاء وغيرها بالفتح .

وشرعا [(١)] . إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه .

فخرج بقوله "ملك النكاح " الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة ، فإنه لغو ، وخرج بقوله " المتوقفة على قبولها " أي المرأة : ماإذا قال : خلعتك ولم يذكر المال ، ناويا به الطلاق ، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحق ، لعدم توقفه على قبول المرأة ، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها .

وخرج بقوله " بلفظ الخلع " الطلاق على مال ، فإنه غير مسقط للحقوق .

وأما قوله :" أو مافي معناه " فيدخل فيه لفظ " المبارأة " ولفظ " البيع والشراء " فإنه مسقط للحقوق ومنها المهر .

ونخلص من هذا التعريف أنه خاص بالخلع المسقط للحقوق .

مشروعيته : الخلع جائز عند كثير من العلماء [(٢)] . وذلك لحاجة الناس إليه بسبب وقوع الشقاق والنزاع بين الزوجين ، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش

---

(١) اللباب ٦٤/٣ ، فتح القدير ١٩٩/٣ .

(٢) الدر المختار ٧٦٦/٢ ، بداية المجتهد ٦٦،٦٥/٢ ، مغني المحتاج ٢٦٣،٢٦٢/٣ ، المغني ٥٢،٥١/٧ .

معه لأسباب جسدية خلْقية أو خُلقية أو دينية ، أو صحية ، وتخشى ألا تـؤدي حـق الله في طاعته ، فشرع لها الإسلام ما يوازي الطلاق الخاص بـالرجل مـا تسـتطيع بـه الخلاص من الزوجية ، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر ، وذلك ببـذل شـيء مـن المـال تفتدي به نفسها ، وتعوض الزوج ما أنفقه في سبيل الزواج بها .

وقد دل الكتاب والسنة على مشروعيته :

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (١) .

وأما السنة : فهو حديث ابن عباس : (أن أمرأة ثابت بـن قيـس جـاءت إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت يارسول الله إني مـاأعيب عليـه في خلـق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله – صلى الله عليـه وسلـم – (أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – اقبـل الحديقة ، وطلقها تطليقه) (٢) .

فزوجة ثابت لاتريـد مفارقـة زوجهـا لسـوء خلقـه ولا لنقصـان في دينـه وإنمـا كرهت كفران العشرة ، والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له ، لذلك أمرها – صلى الله عليه وسلم – أمر إرشاد وإصلاح لاإيجاب برد بستانه الـذي أمهرهـا إيـاه ، وكان هذا أول خلع وقع في الاسلام ، وفيه معنى المعاوضة .

الفاظ الخلع : للخلع عند الحنفية (٣) . ألفاظ خمسـة : الخلـع ، والمبـارأة ، والطلاق ، والمفارقة ، والبيع والشـراء ، مثـل أن يقـول الرجـل : خـالعتك بكـذا ، أو بارأتك ، أو فارقتك ، أو طلقي نفسك على الف ، أو بعـت نفسـك أو طلاقـك علـــى

---

(١) البقرة / ٢٢٩ . (٢) رواه البخاري والنسائي نيل الأوطار ٤٦/٦ .

(٣) الدر المختار ٧٧٠/٢ ، ٧٧١

كذا ، وتقبل المرأة .

وذهب المالكية [1] : بأن له الفاظا أربعة : الخلع ، والمبارأة ، والصلح ، والفدية ، أو المفاداة ، وكل هذا يؤدي إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها .

حكمه الشرعي : من السنة أن يستجيب الرجل للمرأة إن طلبت الخلع [2] . لقصة إمرأة ثابت ابن قيس المتقدمة ، إلا إذا كان الزوج له ميل ومحبة نحوها ، فهنا يستحب للرجل أن يصبرها كما أنه يكره الخلع للمرأة عند استقامة الحال ، وذلك لحديث ثوبان : أنه – صلى ا لله عليه وسلم – قال (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة [3] .ولأنه في هذه الحالة عبث ،فيكون مكروها ، لكن مع الكراهة يقع الخلع لقوله سبحانه : ﴿ **فإن طبن لكم عن شيىء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً** ﴾ .

صفة الخلع :

ذهب أبو حنيفة إلى القول [4] . بأن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج بمعنى أنه لايصح الرجوع عنه ، لأنه علق طلاقها على قبول المال والتعليق يمين اصطلاحا ، ولا يصح شرط الخيار له .

وهو معاوضة بمال من جانب الزوجة ، لأنها هي التي التزمت بهذا المال في مقابل افتداء نفسها ، وخلاصها من الزوج ، والمعاوضة هنا ليست معاوضة محضة ، بل فيها شبه بالتبرعات ، لأن بديل العوض ليس مالا شرعا ، ولكنه افتداء المرأة

---

(١) بداية المجتهد ٦٦/٢ ، ٦٧ (٢) كشاف القناع ٢٣٧/٥ ، ٢٣٧

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي . (٤) البدائع ١٤٥/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٨٧/٧ – ٤٩٠ .

لنفسها ، لهذا لايكون الخلع معاوضة محضة .

وقال الصاحبان : الخلع يمين بالنسبة للزوجين معا .

ويترتب على اعتبار الخلع يميناً من جهة الزوج ما يأتي :

[١- لايصح رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة .

٢- لايقتصر إيجاب الزوج على مجلسه ، بمعنى لو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لايبطل إيجابه بهذا القيام .

٣- لايصح للزوج - كما سبق - أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة ، لأنه لايملك الرجوع عن الخلع ، حيث أنه يمين من جانبه ، لهذا لو اشترط الخيار كان الشرط باطلا ، ولكن الخلع لايبطل به .

٤- يجوز للزوج أن يعلق الخلع بشرط ، وأن يضيفه إلى زمن المستقبل مثل: إذا قدم فلان فقد خالعتك على كذا ، أو خالعتك على كذا في رأس السنة القادمة ، والقبول للزوجة عند تحقق الشرط ، أو حلول الوقت المضاف إليه [1]] .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة : [2] . إلى القول : بأن الخلع معاوضة فلا يحتاج لصحته قبض العوض ، فلو تم من قبل الزوج ، ثم ماتت المرأة ، أو فلّست ، أخذ العوض من تركتها .

ويترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة مايأتي :

---

(١) وذهب المالكية والشافعية أيضا إلى القول : بجواز تعليق الخلع كقوله : متى ما أعطيتني فأنت طالق . ولايصح عند الحنابلة ، الفقه الإسلامي وأدلته ٤٨٨/٧ ، ٤٨٩ .

(٢) الشرح الصغير ٥١٨/٢ ، ٥٣١ ، مغني المحتاج ٢٦٩/٣ ، المغني ٥٨/٧ / ٦٦ .

[١- يصح للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج .

٢- يقتصر قبـول الزوجـة في المجلـس إن كـانت حـاضرة فيـه ، وفي مجلـس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب كالبيع .

٣- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مـدة معلومـة يكـون لهـا فيهـا الحق في القبول أو الرد ، وهذا يكون إذا بدأت هي بـالخلع ، مثـل قولهـا لزوجهـا : خالعتك على ألف ولكن لي الخيار ثلاثة أيام ، فلو قبل الزوج صـح الشـرط ، ولهـا أن تقبل أو ترفض حيث إن الخلع من جانبها معاوضة ، ومعلوم أن المعاوضات يصح فيها اشتراط الخيار .

<u>وقال الصاحبان والحنابلة</u> : [(١)] . لايصح اشتراط الخيار للزوجة ، لأنـه عنـد الحنابلة الفرقة تقع عند التلفظ بالخلع ، وما وقع لايرفع ، وكذلك الخلـع يمـين عنـد الصاحبين بالنظر إلى الزوجين ، وليس معاوضة من جانب الزوجة ، وإذا اشـترط صـح الخلع وبطل الشـرط ، لأنـه لايفسـد بـالعوض الفاسـد ، فـلا يفسـد بالشـرط الفاسـد كالنكاح .

٤- لايصح للزوجة تعليق الخلع ولا إضافته إلى زمن المستقبل ، لأن الخلع من جانبها معاوضة وتمليك . والتمليكات كما هو الشأن فيها لاتقبل التعليق ولا الإضافة .

٥- لاتلزم الزوجة ببدل الخلع إلا إذا كانت أهـلا للتـبرع ، بمعنـى أن تكـون بالغة عاقلة رشيدة لأن الخلع وإن اعتبر معاوضة من جـانب الزوجـة ، إلا أنـه شـبيه بالتبرعات .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٧٦٨/٢ - ٧٦٩ ، المغني ٦٠/٧

ركـن الخلـع :

وركن الخلع كما ذهب إلى ذلك الحنفية : هو الإيجاب والقبول .

شروط الخلع :

يشترط في الخلع الآتي [1] :

١- أهلية الزوج لإيقاع الطلاق : بمعنى أن يكون بالغا عاقلا عنـد الجمهور ، لكن الحنابلة أجازوا أن يكون مميزا يعقله ، فكل من لايصح منه الطلاق لايصح كذلـك الخلع منه كالصبي والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله .

٢- أن تكون الزوجة محـل الخلـع والقابلـة لـه ممـن عقـد عليهـا عقـد زواج صحيح ، سواء أكانت مدخولا بها ، أم لا ، ولو كـانت مطلقـة رجعيـا مـادامت فـي العدة ، وأن تكون مما يصح تبرعها ، بمعنى أن تكون مكلفة – بالغة عاقلة –.

٣- أن يكون بدل الخلع مما يصلح أن يكون مهرا :

وهو عند الحنفية : أن يكـون مـالا متقومـا موجـودا وقـت الخلـع معلومـا أو مجهولا ، أو منفعة تُقوَّم بالمال ، بمعنى أنه لايصح خلع المسلمة على خمر أو خنزير ، ويبطل العوض ، ولا شيء للزوج ، والفرقة هنا تكون طلاقا بائنـا ، لأنـه عنـد بطـلان العوض بقي لفظ الخلع ، وهو كناية ، وتقع الفرقة بالكنايـات بينونـة ، أمـا لـو كـان الطلاق على مال ، وبطل العوض كـان طلاقـا رجعيـا ، لأن لفـظ الطـلاق بـاق ، وهـو صريـح ، والصريح طلاق رجعي .

---

(١) فتح القدير ٢٠٥/٣ – ٢٠٨ ، ٢١٨ ، بداية المجتهد ٦٧/٢ – ٦٩ ، مغـني المحتـاج ٢٦٣/٣ ٢٦٧ ، المغني ٥٢/٧ ، ٥٣ ، ٦١ – ٦٦ .

والبدل عند الجمهور : كل ما يصح تملكه ، سواء أكان مالا عينا ، أم دينا ، أم منفعة ، بمعنى أنه لا يصح بخمر أو خنزير أو ما أشبه ذلك .

الفرق بين الخلع والطلاق على مال عند الحنفية :

الخلع والطلاق على مال وإن كان كل منهما يزيل ملك الزواج وأنه طلاق بعوض .

فهما يختلفان من وجوه ثلاثة : [1] .

الأول : لو أن الخلع على عوض باطل شرعا ، بمعنى أن يقع على ماليس بمال متقوم ، كخلع المسلمة على خمر ، فلا شيء للزوج ، ويقع الطلاق بائنا .

أما إذا بطل العوض في الطلاق على مال ، بأن سميا ماليس بمال متقوم فالطلاق هنا يقع رجعيا .

وذلك لأن الخلع كناية عند الحنفية ، والكناية تقع الفرقة بها بائنة . وأما الطلاق على مال فهو صريح ، ويقع بائنا إذا صح العوض شرعا ، ولكنه إذا لم يصح فهو كأن لم يكن ، فبقي صريح الطلاق ، فيكون رجعياً .

الثاني : يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة التي ترتبت على الزواج لأحد الزوجين على الآخر ، مثل المهر والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج ، لكن نفقة العدة لاتسقط لأنها ماكانت واجبة قبل الخلع ، لذلك لا يتصور إسقاطها بالخلع أما الطلاق على مال : فلا يسقط به شيء من حقوق الزوجين ، ويجب به فقط المال المتفق عليه .

---

(١) فتح القدير ٢٠٥/٣ ، البدائع ١٥١/٣ ، ١٥٢ ، الفتاوي الهندية ٤٥٠/١ .

الثالث : الخلع مختلف في كونه طلاقا بائنا أم فسخا بين الفقهاء .

فقد ذهب الجمهور – الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد – بأنه طلاق بائن يحتسب من عدد الطلقات . وفي رواية أخرى عن أحمد أنه فسخ ، فلا ينقص به عدد الطلقات .

أما الطلاق على مال : فلا خلاف في كونه طلاقا بائنا ينقص به عدد الطلقات [1] .

آثار الخلع [2] :

يترتب على الخلع آثار هي :

١- يقع به طلقة بائنة ، ولو بدون عوض أو نية عند الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح وأحمد في رواية عنه ، وفي رواية أخرى عن أحمد أن الخلع فسخ ، وهو ماذهب إليه ابن عباس وطاووس وغيرهما .

٢- لايتوقف الخلع على قضاء القاضي ، كما هو الشأن في كل طلاق يحدث من الزوج .

٣- لايبطل الخلع بالشروط الفاسدة : فإذا خالع الزوج مع اشتراطه إبقاء الطفل عنده قبل انتهاء مدة الحضانة ،أو ماشبه ذلك ، فالشرط باطل ، وينفذ الخلع .

٤- الزوجة ملزمة بأداء بدل الخلع المتفق عليه ، سواء أكان هو المهر أم بعضه أم شيئا أخر سواه ، لأن الزوج ما رضي بطلاقها إلا بهذا البدل .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٠٣/٧ ، ٥٠٤ .

(٢) البدائع ١٤٤/٣ ، ١٥١ ، الدر المختار ٧٧٨/٢ ، اللباب ٦٦/٣ ، بداية المجتهد ٦٩/٢ ، الشرح الصغير ٥١٨/٢ ، ٥٢٦ ، مغني المحتاج ٢٦٨/٣ ، ٢٧١ ، المغني ٥٦/٧ – ٥٩ .

٥- يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة - كما سبق - كل الحقوق التي تكون لكل واحد من الزوجين في ذمة الآخر والتي تتعلق بالزواج الذي وقع الخلع منه مثل المهر والنفقة الماضية المتجمدة .

أما الديون أو الحقوق التي لأحد الزوجين على الآخر ، والغير متعلقة بالزواج ، مثل القرض والوديعة ونحوهما ، فلا تسقط بالاتفاق . وكذا لاتسقط نفقة العدة إلا بالنص على اسقاطها ، حيث تجب عند الخلع .

وقال الجمهور ومعهم محمد : لايسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا إذا نص على إسقاطه ، سواء كان بلفظ الخلع أو المبارأة ، فهو مثل الطلاق على المال تماما ، يقع به الطلاق بائنا .

٦- هل يرتدف على المختلعة طلاق ؟

ذهب أبو حنيفة : إلى القول بأنه يرتدف ، سواء أكان على الفور أم على التراخي .

وذهب الجمهور : إلى القول : بأنه لايرتدف ، ولكن الامام مالكا قال : لايرتدف إلا إذا كان الكلام متصلا . وقال الشافعي وأحمد : لايرتدف ، وإن كان الكلام متصلا ، فالمختلعة لايلحقها طلاق بحال .

وقد استدل أبو حنيفة بأثر :((المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة)) .

وقد استدل الجمهور بما قاله ابن عباس وابن الزبير : بالمختلعة لايلحقها طلاق ، ولأنها لاتحل للزوج إلا بنكاح جديد ، فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها .

٧- لارجعة في رأي أكثر العلماء على المختلعة في العدة ، سواء أكان فسخا أم طلاقا ، لقوله سبحانه : ﴿ فيما افتدت به ﴾ وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة به عن قبضة الرجل وهيمنته ، وإذا كانت له الرجعة فهي حينئذ تكون تحت سلطانه ، ثم إن القصد إزالة الضرر عن المرأة ، فلو صح ارتجاعها . لعاد الضرر .

الاختلاف في الخلع أو عوضه :

إذا ادعت الزوجة خلعا ، ولكن الزوج قد أنكره ولا بينة له ، صدق بيمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع .

وإن اختلف الزوجان في جنس العوض ، هل هو دراهم أو دنانير أو في صفته كصحاح أو مكسرة ، أو في قدر العوض ، كأن قال : بألفين فقالت بل بألف ، أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع ، ولا بينة لواحد منهما :

فقال مالك : القول قول الزوج إن لم يكن هناك بينة .

وقال الشافعي : يتحالفان كما في البيع ، ويكون على الزوجة مهر المثل [1] .

وقد نص مشروع قانون الامارات على ما يتعلق بالخلع في المواد الآتية :

فقد نص في المادة – ١٣٩ – على ما يأتي :

١- لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابة في المخالعة قبل قبول الآخر .

٢- فإذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتا وخيفة ألا يقيما حدود ا لله حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٠٤ – ٥٠٨ .

وقد نصت المادة – ١٣٨ – على مايأتي :

[١- يشترط لصحة المخالعة أن يكون كل من الزوجين مستوفيا ما يتعلق به شرائط إيقاع الطلاق .

٢- إذا كان أحد الزوجين المتخالعين دون سن الرشد لاتنفذ مخالعته إلا بموافقة ولي المال ، أبا أو جدا ، فإذا كان ولي المال غيرهما يشترط مع ذلك موافقة القاضي] .

ونصت المادة – ١٣٧ – على ما يأتي :

[١- الخلع هو تطليق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناهما كالمبارأة .

٢- وتجب على المختلعة عدة كعدة المطلقات ، ولا يلحقها طلاق أثناء العدة ، وليس للمخالع رجعة عليها . وكذلك نصت المادة – ١٤٠ – على ما يأتي : يجب البدل المتفق عليه ، أو المقضي به في الخلع ، ولا يسقط بالخلع شيء لم يجعل بدلا فيه] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة – ٩٦ – على :

[يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبدل ، وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق] .

ونصت المادة – ٩٥ – من المشروع المذكور على الأمور الآتية :

[أ- للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع .

ب- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة .

جـ- يعتبر الخلع طلاقا بائنا] .

الإيلاء وأحكامه : [1]

الإيلاء لغة : الحلف ، وهو مأخوذ من - آلى - بالمد - بمعنى حلف ، ومضارعه يولي ، ومصدره الإيلاء بكسر الهمزة .

وشرعـــا :

عند الحنفية [2] : [الحلف - بالله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق - على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة .

وعند المالكية [3]: هو حلف زوج مسلم مكلف ممكن الوطء بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة أشهر ، سواء أكان الحلف بالله أم بصفة من صفاته ، أم بالطلاق] ، أم يسير إلى مدينة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أم بالتزام أي قربة . بمعنى تعليق وطء الزوجة على أمر قد يشق فعله بالنسبة للزوج ، أم لا .

فالإيلاء عندهم يكون : للزوج المسلم ، وليس الكافر ، ويكون أيضاً :

للمكلف - البالغ العاقل - وليس الصبي والمجنون ، وبالمكن وطؤه ولو سكران ، وليس المجبوب والخصي ، والشيخ الفاني ، فهؤلاء لاينعقد لهم إيلاء ، كذلك لا إيلاء من المرضع ، لأن في ترك وطئها إصلاح للولد ، ولا إيلاء فيما دون الأربعة أشهر .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥٣٦/٧ .

(٢) البدائع ١٦١/٣ ، اللباب ٥٩/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٤٢٦/٢ ومابعدها ، الشرح اصغير ٦١٩/٢ .

تاريخه : الإيلاء والظهار كانا طلاقا في الجاهلية وكان العرب يستخدمونه من أجل الإضرار بالزوجة عن طريق الحلف بترك قربان المرأة لسنة فأكثر ، ثم بعد ذلك يكرر الحلف إذا انتهت المدة ، ثم جاء الشرع الحكيم فغير حكمه ، وجعله يمينا ينتهي بمدة أقصاها أربعة أشهر .

قال ابن عباس [1] [كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقته الله أربعة أشهر] فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر ، فليس بإيلاء .

والدليل على ذلك : قوله سبحانه : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق ، فإن الله سميع عليم** ﴾ [2] .

والإيلاء في الآية قد عدى بمن ، والأصل أن يعدى بعلى ، لأنه ضُمِّن كلمة [يؤلون] بمعنى يعتزلون أو بمعنى البعد .

والفيء : هو الرجوع لغة ، والمراد به في الفقه : الجماع ، بالاتفاق .

إلا إذا كان هناك مانع من الجماع سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة ، فعند الأحناف يكفي في الفيء أن يكون بالقول : وصورته أن يقول لها : فئت إليك ، أو راجعتك ، أو ماشبه ذلك .

أما عند الجمهور فإن الزوج لايطالب بالفيئة ، لأن الوطء متعذر سواء كان تعذر الوطء من قبل الزوج أو الزوجة ، ولكن الشافعية قالوا : بأنه إذا كان في الزوج مانع شرعي كإحرام ، وصوم واجب ، فيطالب بالطلاق ، لأنه هو الذي يمكنه ،

---

(١) البدائع ٣/١٧٠ - ١٧١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٣٦ .

(٢) البقرة / ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

ولا يطالب بالفيئة لحرمة الوطء ، ويحرم عليها تمكينه .

والإيلاء : حرام عند الجمهور لأنه إيذاء ، وهو يمين على ترك واجب ، مكروه تحريما عند الحنفية .

ركن الإيلاء : وهو عند الحنفية : الحلف على ترك قربان زوجته مدة ، أو هو الصيغة التي ينعقد بها من الألفاظ الصريحة أو الكناية [1] . وما عدا هذا فشروط للإيلاء .

وينعقد الإيلاء ككل الأيمان سواء في حالة الرضا أو الغضب .

شروط الإيلاء :

شروط الإيلاء عند الحنفية ستة [2] .

١- أن تكون المرأة محلا لذلك ، بمعنى أن تكون زوجة ولو حكما كالمعتدة من طلاق رجعي ، وقت تنجيز الإيلاء فإن كانت المرأة بائنة من زوجها بثلاث أو بلفظ بائن لم يصح الإيلاء منها .

٢- وأن يكون الزوج أهلا للطلاق ، وقد صح إيلاء الذمي بغير ماهو قربة محضة كحج وصوم . وفائدة تصحيح إيلاء الذمي ، وإن لم يكن ملزما بالكفارة في حالة الحنث : أن يقع الطلاق بترك قربان المرأة في مدة الإيلاء .

٣- عدم تقييده بمكان : حيث إنه يمكن قربان المرأة في غيره .

---

(١) وهذا معناه إذا امتنع الزوج عن وطء زوجته مدة أربعة أشهر من غير تلفظ بقسم أو تعليق لايكون مولياً حتى إذا أراد ضرر الزوجة بهذا الإمتناع ، بخلاف الإمام مالك : يعتبر هذا الزوج مولياً ، لأنه لايشترط في الإيلاء اللفظ ويكتفي بترك الوطء مادام يقصد الضرر بذلك .

(٢) البدائع ٣/١٧٠ - ١٧٣ ، الدر المختار ورد المحتار ٢/٧٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٤٢

٤- ألا يجمع بين الزوجة وغيرها كأجنبية ، لأنه يمكنه قربان أمرأته وحدها بلا لزوم شيء .

٥- أن يكون المنع من القربان فقط .

٦- ترك الفيء ، أي الجماع في المدة المقررة وهي أربعة أشهر ، لأن الله تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه لقوله سبحانه ﴿ **فإن عزموا الطلاق ، فإن الله سميع عليم** ﴾ .

وكلمة [إن] للشرط ، وعزم الطلاق : ترك الفيء في المدة .

ودليلهم على أن المدة هي أربعة أشهر أن الفيئة تكون في مدة الأربعة أشهر ، لابعدها .

حكم الإيلاء :

إذا عاد الزوج إلى زوجته في أثناء المدة – لأنه إذا لم يفيء إليها فهو آثم لقوله سبحانه ﴿ **فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم** ﴾ . يكون حانثا في يمينه ، والحانث في اليمين تلزمه الكفارة ، وهذا إن كان الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته مثل [والله لأقربك] فهنا تلزمه الكفارة لقوله سبحانه ﴿ **لايؤخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان ...** ﴾ [1] .

فتجب عليه كفارة اليمين كسائر الأيمان ، وهي – كما جاء في هذه الآية – إطعام عشرة مساكين يوماً واحداً ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، وذلك بالنسبة للموسر ، أما المعسر الذي لايجد شيئا من ذلك ، وجب عليه صيام ثلاثة أيام متتابعات .

(١) المائدة /٨٩ .

وإذا لزمته الكفارة سقط الإيلاء . أما إذا كان الحلف بالشرط والجزاء مثل (إن قربتك فعليَّ حج ، أو أنت طالق) فإذا حنث هنا ، بمعنى إذا وطئها في أثناء مدة الإيلاء لزمه الجزاء المعلق .

ولكن إذا لم يعد الزوج إلى زوجته حتى انقضت مدة الإيلاء وقع عليها بانتهاء المدة طلقة بائنة عند الحنفية [1] .

ومعلوم أن الحياة الزوجية لاتعود – هنا – إلا بعقد ومهر جديدين . ودليلهم على أنه طلاق بائن : فقد أخذوا برأي جماعة من الصحابة وهم عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة – ابن مسعود وابن عباس وابن عمر – وزيد بن ثابت فقد قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، ولأن دفع الظلم عن المرأة لايكون إلا بالبائن لتتخلص منه فتتمكن من الزواج بآخر .

وخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك فقالوا : إن انتها ء المدة بدون فيء لايكون طلاقا كما ذهب إلى ذلك الحنفية ولكن الحكم أن يوقف فإما أن يفيء وإما أن يطلق ، وبناء على رأي الجمهور هذا يجوز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء بعد انتهاء – المدة – أربعة أشهر – وعلى القاضي أن يطلب من الزوج العودة إلى زوجته بمعاشرتها جنسيا ، أو يطلقها مادام معرضا عنها ولا يريد التمتع بها ، فإن عاد إلى معاشرة زوجته بعد انقضاء المدة انتهى الإيلاء ولا شيء عليه ، حيث أنه غير حانث في يمينه فلا تجب عليه كفارة اليمين ، ولم يحصل الوطء الذي علق عليه الأمر الذي فيه مشقة عليه لهذا لايجب عليه هذا الأمر . وإذا لم يعد الزوج إلى زوجته ولم يطلقها ، طلق القاضي عليه هذه الزوجة ، لأن الطلاق من الأمور التي تصح الإنابة فيها كقضاء

---

(١) اللباب ٦٠/٣ ، فتح القدير ١٨٥/٣ .

الدين ، وهنا الزوج ممتنع عن الرجوع وعن الطلاق ، وهذا إضرار بالزوجة ، والقاضي جُعل لرفع الضرر عن الناس .

أما الطلاق الواقع هنا على الزوجة ، فهو رجعي عند جمهور الفقهاء [1] .

ولما كان هذا طلاقا رجعيا ، جاز للزوج أن يراجع زوجته في أثناء عدتها من هذا الطلاق الرجعي ، وليس من شرط صحة الرجعة أن يطأ زوجته في أثناء عدتها عند الجمهور .

وقد نصت المادة - ١٢١ - من مشروع قانون الامارات على مايأتي:

[١- إذا حلف الزوج على أن يترك مباشرة زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر ، أو دون تحديد مدة واستمر ممتنعا حتى مضت أربعة أشهر قمرية طلقها عليه القاضي طلقة رجعية بطلبها .

٢- إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق أجله القاضي مدة مناسبة ، فإن لم يفيء طلق عليه القاضي .

٣- للمولى أن يراجع زوجته في العدة ، ولا تصح الرجعة إلا بالفيء إليها فعلا ، مالم يكن له عذر فتصح الرجعة بالقول] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١١٤ - فقرة (أ) على الآتي : [للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مالم يفيء قبل إنقضاء أربعة أشهر] .

وبهذا نجد أن مشروع دول مجلس التعاون جعل طلب التطليق قبل انقضاء المدة وهذا بخلاف مشروع الإمارات .

---

(١) بداية المجتهد ١٠٠/٢ ، الأم ٢٤٨/٢ ، الموطأ ص ٣٤٣ .

الظهار وأحكامه :

الظهار شبيه بالإيلاء حيث أن كلا منهما يمين تمنع الوطء ، ويرفع منعه الكفارة .

الظهار لغة : مصدر مأخوذ من الظهر ، لأن صورته أن يقول الرجل لامرأته : [أنت علي كظهر أمي] وكان طلاقا في الجاهلية ، وقد قيل : كان في الجاهلية إذا كره أحدهم امرأته وفي نفس الوقت لايريد أن تتزوج بغيره آلى منها أو ظاهر ، فتبقى بدون زوج ولا هي خالية من الأزواج تستطيع أن تنكح غير زوجها الأول ، فغير الشارع حكمه الى تحريم الزوجة على زوجها بعد العود – العزم على الوطء – ولزوم الكفارة .

الظهار شرعا : هو تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد ، أو بجزء منها يحرم عليه النظر اليه مثل الظهر والبطن والفخذ ، كأن يقول لها : أنت علي كظهر أمي أو أختي وكذلك بحذف كلمة (على) .

فلو شبه الزوج زوجته بامرأة تحرم عليه مؤقتا ، لايكون ظهارا مثل : أنت علي كظهر أختك أو عمتك ، وكذلك إذا شبهها بجزء لايحرم النظر اليه كالوجه والرأس ، كقوله : أنت على كوجه أمي أو كرأسها ، لايكون ذلك ظهارا . وإذا شبهها بشيء يحرم عليه ولكن من غير النساء مثل الخمر ، بأن قال لها : أنت علي كالخمر ، لم يكن ظهارا ويرجع فيه إلى نيته ، فإن قصد به طلاقا ، كان طلاقا بائنا ، وإن قصد التحريم أو لم يقصد شيئا كان إيلاء .

الدليل عليه : الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب : فقوله سبحانه ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، ذلكم توعظون به وا لله بما تعملون خبير ...** ﴾ [1] .

وأما السنة : فحديث خولة بنت مالك قالت : (ظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – أشكوا إليه ورسول ا لله يجادلني فيه ويقول : اتق ا لله فإنه ابن عمك ، فما برح حتى نزل القرآن : ﴿ **قد سمع ا لله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى ا لله وا لله يسمع تحاوركما إن ا لله سميع بصير ، الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإن ا لله لعفو غفور ....** ﴾ [2] . فقال : [ليعتق رقبة ، قالت : لايجد ، قال : فيصوم شهرين متتابعين ، قالت يارسول ا لله :إنه شيخ كبير مابه من صيام ،قال : فليطعم ستين مسكينا ، قالت : ماعنده من شيء يتصدق به ، قال فإني سأعينه بعرق من تمر ، قالت وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لقد أحسنت ، إذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا] [3] .

والظهار محرم [4] بالإجماع لقوله سبحانه : ﴿ **وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا** ﴾ .

---

(١) المجادلة / ٣ ، ٤ .

(٢) المجادلة من ١ – ٤ .

(٣) نيل الأوطار ٢٦٢/٦ .

(٤) البدائع ٢٢٩/٣ ، المهذب ١١١/٢ ومابعدها المغني ٣٣٧/٧ .

وقول المنكر وكذلك الزور من الكبائر ، بل من أكبر الكبائر ، لذلك نرى الحق سبحانه حرمه ونفى أن تكون الزوجة كأم في التحريم يقول سبحانه : ﴿ ماهن أمهاتهم ﴾ .

وقوله سبحانه : ﴿ وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم ﴾ [1] .

وسبب نزول هذه الآيات التي تتحدث عن الظهار ،فكما سبق من أن خولة بنت مالك بن ثعلبة أتت إليه – صلى ا الله عليه وسلم – تجادله في أمر زوجها حينما ظاهر منها ، وكان الظهار طلاقا في الجاهلية ، فقال : – صلى ا الله عليه وسلم – لها (حرمت عليه) وكرر هذه الجملة أكثر من مرة من خلال حوار ومجادلة حدثت بينه وبين هذه الزوجة حتى قالت : أشكو إلى ا الله حالتي وشدة حالي ، وإن لي صبية صغارا إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن تركتهم عندي جاعوا ،وجعلت ترفع رأسها إلى السماء وتقول : اللهم إني أشكو إليك ، فأنزل على لسان نبيك – وكان هذا هو أول ظهار في الإسلام – فأنزل ا الله سبحانه ﴿ قد سمع ا لله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى ا لله .....﴾ .

وبهذه الآيات تغير حكم الظهار ، فبعد أن كان يعد طلاقا تصير المرأة به محرمة على زوجها تحريما مؤبدا أصبح لايعد طلاقا ، بمعنى أن المرأة المظاهر منها تحرم على زوجها حرمة مؤقتة ينتهى أمدها إذا كفر عن قوله بواحد من هذه الأمور الثلاثة المنصوص عليها في الايات السابقة ، ويحرم عليه أن يستمتع بها بأي وجه من

---

(١) الأحزاب / ٤ .

وجوه الاستمتاع حتى يكفر ، فإذا كفر هل له هذا الاستمتاع ، وليس قبل الكفارة التي وجبت عليه وإلا كان عاصياً لله سبحانه وتعالى [1] .

صيغة الظهار : الظهار يكون بالاتفاق منجزا ، كقوله : أنت علي كظهر أمي ، وهو عند أكثر الفقهاء من الزوج لامن الزوجة [2] . بمعنى لو ظاهرت المرأة من زوجها كان ظهارها عند الحنفية لغوا ، أي لاحرمة عليها ولا كفارة . وذهب إلى ذلك بقية المذاهب لقوله سبحانه : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم** ﴾ فالحق سبحانه خص الأزواج بالظهار ، ثم إنه قول يوجب تحريما على الزوجة يملك الزوج رفعه ، فكان هذا من اختصاص الرجال كالطلاق .

لكن الامام أحمد أوجب عليها – في رواية راجحة عنه –كفارة الظهار ، لأنها بهذا أتت منكرا من القول وزورا ، وفي رواية عنه: عليها كفارة يمين ، قال ابن قدامة : وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله .

الظهار والتعليق :

ذهب الحنفية [3] : إلى جواز إضافة الظهار الى ملك أو سبب الملك .

مثال الأول : أن يقول لأجنبية : إن صرت زوجة لي فأنت علي كظهر أمي .

ومثال الثاني : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ، كما أجازوا إضافته الى وقت .

مثل : أنت علي كظهر أمي في رأس سنة كذا .

---

(١) الموطأ ص ٢٥٠ .

(٢) الدر المختار ٢/٧٩٠، ٧٩١ بداية المجتهد ٢/١٠٧ ، المغني ٧/٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(٣) البدائع ٣/٢٣١ ، ٢٣٢ .

وكذلك قال الحنابلة [1]: بالجواز ، بمعنى أن الظهار يعلق على الزواج أو ظاهر من الأجنبية ، سواء قال : ذلك لامرأة بعينها ، أو قال : كل النساء علي كظهر أمي ، وسواء أوقعه مطلقا أم علقه على التزويج ، بأن قال : كل امرأة أتزوجها ، فهي على كظهر أمي ، فإذا تزوج التي ظاهر منها ، لم يطأها حتى يكفر ، وأجازوا تعليقه بشرط ، كقوله : إن دخلت الدار ، فأنت على كظهر أمي .

ودليلهم على هذا ماورواه أحمد عن عمر بن الخطاب رضي ا لله عنه : أنه قال في رجل قال : إن تزوجت فلانة ، فهي علي كظهر أمي ، فتزوجها ، قال : [عليه كفارة الظهار] .

وذهب المالكية والشافعية إلى ماذهب إليه الحنفية والحنابلة : من جواز تعليق الظهار .

ونخلص من هذا أن فقهاء المذاهب الأربعة [2] . اتفقوا على جواز تعليق الظهار على شرط ، وكذلك يجوز تعليق الظهار على التزوج بامرأة معينة ، وكذلك لو قال : [كل النساء علي كظهر أمي] عند الثلاثة الحنفية والمالكية والحنابلة .

الظهار والتوقيت : ذهب الأئمة الأربعة : إلى القول : بأن الظهار يصح مؤقتا ، كقوله : أنت علي كظهر أمي شهرا أو سنة ، لكنه يصبح مؤبدا عند المالكية ، فلا يحل إلا بالكفارة ، بمعنى أن التأقيت يسقط ويكون ظهارا ، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا حدث ووقته لم يتوقف كالطلاق ، أما الشافعية والحنابلة : فقد قالوا : إذا مضى الوقت ، زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة ، فإن

---

(١) المغني ٣٥١/٧ ، ٣٥٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٨٩/٧ ٥٩٠ .

(٢) البدائع ٢٣٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٣٥/٢ ، المغني ٣٤٨/٧ .

وطئها في المدة لزمته الكفارة ، وذلك لحديث سَلَمة بن صَخْر ، وقوله :[تظاهرت من إمرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان ، وأخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه أصابها في الشهر ، فأمره بالكفارة] [1] .

ركن الظهار :

عند الحنفية [2]: ركن الظهار : هو اللفظ الدال على الظهار ، كقول الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، وهذا هو الأصل فيه ، ويلحق به قوله : أنت علي كبطن أمي ، أو فخذ أمي .

وعند الجمهور [3] – غير الحنفية – قالوا بأن الظهار له أربعة أركان وهي :
[المظاهر والمظاهر منها ، واللفظ أو الصيغة ، والمشبهُ به .

والمظاهر : هو الزوج .

والمظاهر منه : هو الزوجة مسلمة كانت أو كتابية .

واللفظ أو الصيغة : مايصدر عن الزوج من ألفاظ صريحة أو كناية .

والمشبهُ به : هو من حرم وطؤه وهو الأم ويلحق بها كل محرمة على التأبيد بنسب أو مصاهرة أو رضاع] .

قسما الظهار باعتبار الصيغة :

ينقسم الظهار باعتبار صيغته إلى قسمين : صريح وكناية .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي نيل الأرطار ٢٥٨/٦ .

(٢) البدائع ٢٢٩/٣ .

(٣) الشرح الكبير ٤٤٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٥١/٣ ، المغني ٣٣٩/٧ ، القوانين الفقهية ٢٤١

ذهب الحنفية [1] : إلى القول : بأن الصريح منه ماكان بلفظ لايحتمل معناً آخر غير الظهار ، كقول الرجل لزوجته : (أنت علي كظهر أمي) أو ماشبه ذلك كقوله : [أنت علي كبطن أمي] يكون هذا ظهارا ولا يحتاج إلى نية ، لأنه صريح ومثله : [أنت علي حرام كظهر أمي] ثبت الظهار بدون حاجة إلى نية ، ولكنه إذا نوى شيئاً غير الظهار – أي الطلاق – لايكون إلا ظهاراً عند أبي حنيفة ، لأن لفظ الظهار صريح فيه .

والكناية ماكان بلفظ يحتمل الظهار وغيره ، والظهار هنا لايكون إلا بالنية ، كقوله : [أنت على مثل أمي] هنا يجب الرجوع إلى نيته ، فإن قال : إنما أردت ذلك الكرامة ، فهو كما قال ، وإن قال : إنما أردت الظهار ، فهو ظهار ، أما إذا قال : أردت الطلاق ، فهو طلاق بائن ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لاحتمال إرادة الكرامة .

وإذا قال : [أنت علي حرام كأمي] يكون مانواه من ظهار أو طلاق . فإذا ما ادعى إرادة الكرامة لايقبل منه ، لوجود لفظ التحريم ، أما إذا لم ينو شيئاً ثبت الأدنى وهو الظهار في الأصح لعدم إزالته ملك النكاح وإن طال .

وذهب المالكية [2]: إلى القول : بأن صريح الظهار هو ماشمل ذكر الظهر في مؤبد التحريم ، أو هو اللفظ الذي يدل على الظهار بالوضع الشرعي دون احتمال غيره بلفظ ((ظهر)) امرأة مؤبدة التحريم بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، فلا بد إذا في الصريح من ذكر الأمرين : الظهر ومؤبدة التحريم ، كقوله : [أنت على كظهر أمي أو أختي من الرضاع] أو ماشبه ذلك .

---

(١) البدائع ٣/٢٣٠ ، ٢٣٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٩٠ ومابعدها .

(٢) الشرح الكبير ٢/٤٤١ ، بداية المجتهد ٢/١٠٣ .

وإذا نوى به الطلاق – أي الظهار الصريح – لاينصرف إليه لأن صريح كل نوع لاينصرف لغيره ، لهذا لايؤاخذ ولا يحاسب عليه كطلاق إذا نواه .

والكناية عندهم : تكون بسقوط أحد اللفظين : لفظ الظهر ، ولفظ مؤبد التحريم ، فالأول كقوله : [أنت كأمي] أو [أنت أمي] بحذف أداة التشبيه ، والثاني كقوله : [أنت كظهر رجل .... أو كظهر أبي أو ابني ، أو أجنبية [1] . يحل وطؤها مستقبلا بالزواج] .

ومن الكتابة أن يعبر بجزء من الزوجة أو من المشبه به ، كقوله : يدك كأمي ، أو كيد أمي ، وينوي الظهار في النوعين .

شروط الظهار :

الظهار له شروط لابد من توافرها ، وهي :

١- يشترط في المظاهر كونه زوجا يصح الطلاق منه ، بمعنى أن يكون المظاهر زوجا بالغا عاقلا مسلما ، فلا يصح الظهار من غير الزوج ولا من الزوج إن كان صبيا أو مجنونا أو ماشبه ذلك ، أو ذميا وهذا عند الحنفية والمالكية – أي كونه مسلما – لأنه – الذمي – ليس مطالبا بالكفارة [2] . أما عند الشافعية والحنابلة فلا يشترطون الإسلام ، لعموم آية الظهار : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم** ﴾ .

٢- ويشترط في المظاهر منها أن تكون زوجته ، بمعنى أن الظهار لايصح من المرأة الأجنبية ، لعدم الملك ، لقوله سبحانه ﴿ **من نسائهم** ﴾ . فإذا طلقت الزوجة

(١) المقصود بها : غير الزوجة ، والقريبة غير المحرم .

(٢) البدائع ٢٣١/٣ ، الشرح الصغير ٦٣٦/٢ ، مغني المحتاج ٣٥١/٣ ، المغني ٣٣٧/٧ .

طلاقا بائنا ، أو فسخ عقد الزواج ، فلا يصح الظهار ، لأنهـا بهـذا الطـلاق أو الفسـخ أصبحت أجنبية عنه بالبينونة أو الفسخ .

ولكن يصح الظهار عند الجمهور غير الشافعية معلقا بالملك – كما سبق – كأن يقول لامرأة : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي .

٣– ويشترط في المشبه به : أن يكون امرأة يحرم عليه نكاحها على التأبيد ، سواء كان بنسب أو مصاهرة أو رضاع مثل الأم والبنت والأخت والعمة والخالة فكلهـن محرمات على التأبيد ، لهذا لو شبه الزوجة بواحدة منهن كـان ظهاراً ، لهـذا إذا كانت المشبه بها ليست محرمة على سبيل التأبيد لايكون هـذا ظهاراً ، وكذلك إذا كان المشبه به غير أنثى كقوله : أنت علـي كظهـر أبـي أو ابـني ، فـلا يكـون ظهـارا كذلك ، لأن التشبيه بهما لايصح ، لأن الشرع ورد فيما إذا كـان المظـاهر بـه امـرأة ، وفقد الشرط يترتب عليه فقد المشروط وكذلك فالأب والابن ليسا محـل التمتع [1] .

أثـر الظهـار [2] :

الظهار يترتب عليه الآثار الآتية :

١– يحرم الوطء اتفاقاً قبل التكفير ، وكذلك عند الجمهـور غـير الشـافعية : يحرم جميع أنواع الاستمتاع غير الجماع كاللمس والتقبيل والنظـر بلـذة مـاعدا وجههـا وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، والمباشرة فيما دون الفرج لقوله سبحانـه : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثـم يعـودون لمـا قـالوا ، فتحريـر رقبـة مـن قبـل أن

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١١٤/٤ .

(٢) فتح القدير ٢٢٥/٣ ، اللباب ٦٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٠/٢ ، المهذب ١١٥/٢ ، المغني ٣٤٦/٧ .

يتماسا ﴾ بمعنى فليحرروا رقبة ، كما في قوله سبحانه ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ بمعنى ليرضعن .

ولأن القول الذي حرم الوطء ، حرم مقدماته وكذلك دواعيه حتى لايؤدي إلى الوقوع فيه . ويستمر التحريم إلى أن يكفر كفارة الظهار ، لأن الظهار منكر من القول وزور ، فيناسب هذا الحرمة وترتفع بالكفارة .

ولكن ماذا لو وطيء الرجل المظاهر إمرأته قبل أن يكفر ، استغفر الله سبحانه لارتكاب هذا الاثم ، ولا شيء عليه غير كفارة واحدة ، ولا يعود إلى الاستمتاع بالمظاهر منها حتى يكفر لقوله – صلى الله عليه وسلم – للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة : [فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله] [1] . وعن سلمة بن صخر عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال : كفارة واحدة) [2] .

والعود الذي تجب به الكفارة في قوله سبحانه ﴿ ثم يعودون لما قالوا ﴾ هو عزم المظاهر على وطئها – أي المظاهر منها – بمعنى أن الكفارة تجب عليه إذا قصد وطئها بعد الظهار أما إذا رضي أن تكون محرمة عليه ، وليس عازما على وطئها لاتجب الكفارة عليه ، وإن كان يُجبر على التكفير دفعا للضرر .

٢– للمرأة حق مطالبة المظاهر بالوطء ، لتعلق حقها به ، وفي نفس الوقت من حقها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر عن الظهار ، وعلى القاضي إلزامه بالتكفير دفعا للضرر عنها ، والإلزام يكون بحبس أو ضرب حتى يكفر أو يطلق .

فإن ادعى أنه كفر عن ظهاره ، صُدِّق في دعواه مالم يكن معروفاً بالكذب .

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١١٤/٤ .

(٢) فتح القدير ٢٢٥/٣ ، اللباب ٦٦/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٠/٢ ، المهذب ١١٥/٢ ، المغني ٣٤٦/٧ .

كفــارة الظهــار :-

مشروعية الكفارة : شرعت كفارة الظهار بالكتاب والسنة :

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ،ذلكم توعظون به ، وا لله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، . فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ...** ﴾ .

وأما السنة : فروى أبوداود بإسناده عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – أشكوا إليه ، ورسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم –يجادلني فيه ، ويقول : ا لله ، فإنه ابن عمك ، فما برح حتى نزل القرآن : ﴿ **قد سمع ا لله قول التي تجادلك في زوجها ...**﴾ .

فالكفارة تكون بواحد من الأمور الثلاثة المذكورة في هاتين الآيتين الكريمتين ، وكذلك ماذكره الحديث السابق – لخولة بنت مالك بن ثعلبة .

وهي تكون على الترتيب المذكور في القرآن والسنة ، يبدأ المظاهر إذا عاد في قوله : بمعنى أن يعزم على الوطء أو إرادة الوطء ، كما قال البعض . أو الوطء في الفرج كما قال البعض ، بعتق رقبة (١) مؤمنة عند جمهور الفقهاء ، وذلك قياسا على كفارة القتل التي بينها ا لله في قوله سبحانه ﴿ **ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة** ﴾ (٢) وآية الظهار مطلقة دون تقييد فحمل جمهور الفقهاء المطلق على المقيد .

---

(١) اللباب ٧٠/٣ ، الشرح الصغير ٦٤٥/٢ – ٦٤٩ ، مغني المحتاج ٣٦٠/٣ ، المغني ٣٥٩/٧ .

(٢) البقرة /٩٢ .

ولكن عند الحنفية يجوز في الظهار أن يعتق رقبة مؤمنة وغير مؤمنة ، لأن النص في الظهار مطلق غير مقيد فيبقى على إطلاقه .

واتفق الفقهاء على أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب الضارة بالعمل ضررا بينا ، لأن المقصود تمليك العبد منافع نفسه ، وتمكينه من التصرف لنفسه ، ولا يحصل هذا مع مايضر بالعمل ضرراً واضحاً .

فإن لم يجد المظاهر رقبة ، بمعنى أنه لم يجد رقبة ، أو مالايشتريها به ، أو وجدها بأكثر من ثمن المثل ، وقدر على الصوم ، صام شهرين متتابعين دون أن يتخللها إفطار يوم واحد .

وبناء على هذا إذا أفطر يوماً ولو كان بعذر وجب عليه استئناف الصوم ، لفوات التتابع المنصوص عليه في القرآن والسنة .

فإذا عجز المظاهر عن الصوم لكبره ، أو لكونه مريضا مرضا لايرجى برؤه فعليه أن يطعم ستين مسكيناً يوماً واحداً – وجبتين – أو يعطيهم قيمة ذلك ، وهذا ماذهب اليه الجمهور ، أما الحنفية فقد أجازوا للمظاهر أن يطعم مسكينا واحدا ستين يوما ، أو أن يعطيه كل يوم قيمة طعام ذلك اليوم مدة ستين يوما ، حيث أن المقصود من النص عندهم هو سد حاجة هذا العدد من المساكين فكما أن الحاجة تندفع لعدد ستين مسكينا في يوم واحد فهي كذلك تندفع لمسكين واحد ستين يوما .

ومشروع قانون الامارات لم يتعرض لموضوع الظهار ، أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ١١٥ – على الآتي :

[أ- للزوجة طلب التطليق للظهار .

ب- ينذر القاضي الزوج بالتكفير عن الظهار - خلال أربعة أشـهر مـن تـاريخ الانذار فإن امتنع لغير عذر حكم القاضي بالتطليق] .

ولا شك أن هذا مسلك مقبول من المشروع لرفع إضرار الزوج لزوجته ، وقاسـوا هذا على الإيلاء فإذا لم يعـد - بعـد مدتـه - إليهـا طلقهـا بنفسـه ، أو طلقهـا عليـه القاضي عند امتناعه من الرجوع إليها أو طلاقها ، فكذلك الظهار .

اللعان وأحكامه :

تعريف اللعان :-

اللعان لغة : [مصدر لاعن كقاتل ، من اللعن : وهو الطرد والإبعاد من رحمة الله ، وسمي بذلك لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذبا ، أو لأن الرجل هو الذي يلعن نفسه ، ولكنه في جانب المرأة أطلق من باب التغليب .

واصطلاحا [1] : شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة بلعن من جهة الزوج وبغضب من جهة الزوجة] .

مشروعية اللعان : الأصل فيه قوله سبحانه : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات با لله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة ا لله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات با لله ، إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب ا لله عليها إن كان من الصادقين** ﴾ [2] .

وسبب نزول هذه الآيات الكريمات : مارواه البخاري وغيره : [أن هلال بن أمية قذف زوجته عند النبي – صلى ا لله عليه وسلم – بشَرِيك بن سَحْماء ؛ فقال له – صلى ا لله عليه وسلم – البينة أو حد في ظهرك ، فقال يانبي ا لله ؛ إذا رأى أحدنا على أمرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل النبي – صلى ا لله عليه وسلم – يكرر ذلك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق نبيا ، إني لصادق ، ولينزلن ا لله مايبرىء

---

(1) اللباب ٣/٧٤ ، الدر المختار ٢/٨٠٥ ، كشاف القناع ٥/٤٥٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٥٦ - ٥٦٠ .

(2) النور ٦-٩ .

ظهري من الحد ، فنزلت الآيات] (1) فكان هذا أول لعان في الإسلام ماحدث بين هلال ابن أمية وزوجته ، وهذا مارآه الجمهور .

وقيل أن هذه الآيات نزلت بسبب عويمر العجلاني : فقد روى الجماعة إلا الترمذي أنه – صلى الله عليه وسلم – قال لعويمر العجلاني :[قد نزل فيك وفي صاحبتك ، فاذهب فأت بها فتلاعنا عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم –] (2) .

وهذا ماذهب إليه النووي من أن السبب في نزول آية اللعان ، قصة عويمر العجلاني .

كيفية اللعان (3) :

إذا قذف الرجل زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها منه ، ولم تكن له بينة والزوجة لم تصدقه ، وقد طلبت إقامة حد القذف عليه ، أمره القاضي باللعان ، فيقول الزوج أمام القاضي أربع مرات : [أشهد بالله ، إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا أو نفي الولد] . مشيرا إليها إن كانت حاضرة ، أو بالتسمية بأن يقول : [فيما رميت به فلانة زوجتي من الزنا] ثم يقول في الخامسة : [لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد] ويشير الزوج إليها في جميع ما ذكر .

---

(1) رواه الجماعة – نيل الأوطار ٦/٢٧٢ .

(2) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .

(3) رد المحتار ٢/٨١٠ ، بداية المجتهد ٢/١١٨ ، مغني المحتاج ٣/٣٧٤ ، المغني ٧/٤٣٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٥٧١ – ٥٧٦ .

ثم تقول المرأة أربع مرات أيضاً : [أشهد بالله ، إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد] وتقول في الخامسة : [إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا أو نفي الولد] .

وكان تخصيص الغضب في جانب المرأة - وهو أشد من اللعن - ، لأن النساء يتجاسرن باللعن ، حيث إنهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا ، فكان اختيار الغضب في جانبها لكي تتقي ولا تقدم عليه ، وكذلك لأجل جريمتها وهي الزنا فهي ولا شك أعظم من جريمة الرجل وهي القذف . وكان البدء بالرجل في اللعان ، لأنه المدعي ، وفي الدعاوي يبدأ بالمدعي .

ودليل هذه الكيفية :

أولاً: قوله سبحانه : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ....** ﴾ إلى آخر الآيات المذكورة سابقاً .

ثانياً : حديث ابن عمر - وهو من ضمن أحاديث ذكرت في هذا - قال : يارسول الله ، أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة ، كيف يصنع ؟ إن تكلم ، تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك ، قال : فسكت النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يُجبْه ، فلما كان بعد ذلك ، أتاه ، فقال : إن الذي سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور ﴿ **والذين يرمون أزواجهم** ﴾ فتلاهن عليه ، ووعظه وذكره ، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فقال : لا والذي بعثك بالحق ، ماكذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت : لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب .

فبدأ بالرجل ، فشهد أربع شهادات با لله ، إنه لمن الصادقين ، والخامسة أن لعنة ا لله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم ثني بالمرأة ، فشهدت أربع شهادات با لله ، إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب ا لله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما [1] .

وبداءة الزوج باللعان هو ما ذهب إليه الجمهور ، أما أبو حنيفة فقد قال : يجزىء أن تبدأ المرأة باللعان وقد قال الكاساني في البدائع : ينبغي أن تعيد ، لأن اللعان شهادة المرأة ، وشهادتها تقدح في شهادة الزوج ، فلا تصح إلا بعد وجود شهادته .

ماذا لو نكل أحد الزوجين عن اللعان ، أو رجع عنه ؟

إذا امتنع أحد الزوجين عن اللعان بعد أن يطلبه القاضي منه ، فقد اختلف الفقهاء في الحكم فيه على رأيين [2] .

ذهب جمهور الفقهاء – غير الحنفية – : إلى القول بأنه إذا امتنع الزوج عن اللعان أو امتنعت الزوجة حد حد الزنا ، لأن اللعان قد جعل بدلا عن حد الزنا ، لقوله سبحانه ﴿ ويدرأ عنها العذاب ﴾ .

والمقصود هو العذاب الدنيوي وهو الحد عندهم فلا يندرىء الحد عن الزوجة إلا بلعانها .

ولكن الحنابلة قد وافقوا الحنفية حين امتناع الزوجة عن اللعان – وهو

---

(١) حديث متفق عليه نيل الأوطار ٢٦٧/٦ .

(٢) البدائع ٢٣٨/٣ ، اللباب ٧٥/٣ ، بداية المجتهد ١١٩/٢ ، مغني المحتاج ٣٧١/٣ ، ٣٨٢ ، المغني ٣٩٢/٧ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٥ .

ما سوف يذكر بعد – أخذا بمدلول الآية السابقة : ﴿ ويدرأ عنها العـذاب ﴾ فـإن لم تلاعن وجب ألا يدرأ عنها العذاب فتحبس حتى تقر بالزنا أربع مرات أو تلاعن .

وذهب الحنفية [1] إلى القول بأنـه إذا امتنـع الـزوج عـن اللعـان حبـس حتـى يلاعن أو يكذب نفسه ، هنا يُحَد حَد القذف . وإن امتنعت الزوجة عن اللعان حبست حتى تلاعن أو تصدق الزوج فيما ادعاه عليها ، فإن صدقته خلـيً سـبيلها مـن غـــير حـد ، لأن قولـه سـبحانه : ﴿ ويـدرأ عنهـا العـذاب ﴾ أي الحبـس عندهـم وعنـــد الحنابلة .

وسبب الخلاف بين الجمهور والحنفية : في حال امتناع الزوج عــن اللعـان : يرجع إلى اختلافهم في الموجب الأصلي لقذف الزوجة أهو اللعان أم الحد ؟ .

ذهب الجمهور إلى القول : بأن الموجــب الأصلـي هـو حـد القـذف ، واللعـان مسقط له ، وذلك لعموم قوله سبحانه ﴿ **والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة** ﴾ فإن هذا عــام في الأجنـبي والـزوج ، ويجـب الحـد على كل قاذف ، أي سواء أكان القاذف هو الزوج أم كان غــيره ، ثـم جعـل الالتعـان للزوج مقام الشهود الأربعة الذين يثبت بشهادتهم الزنا ، لذلك إذا امتنـع عـن اللعـان فقد وجب عليه الموجب الأصلي وحد القذف . ولأن النبي – صلى الله عليه وسـلم – قال لهلال بن أمية لما قذف زوجته بالزنا :[البينة أو حد في ظهرك] .

---

(١) فتح القدير ٢٥١/٣ .

وذهب الحنفية إلى القول : بأن الموجب الأصلي هو اللعان ، واللعان واجب لقوله سبحانه : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات با لله ﴾ بمعنى أن يشهد أحدهم أربع شهادات با لله فإنه سبحانه قد جعل موجب قذف الزوجات هو اللعان ، فمن أوجب الحد فقد خالف النص ، فصارت آية حد القذف بالنسبة للزوجات منسوخة في حق الأزواج ، وأصبح الواجب بقذف الزوجة هو اللعان ، فإذا امتنع عنه حبس حتى يلاعن ، مثله مثل المدين حين امتناعه عن إيفاء دينه ، فهو هنا يحبس حتى يوفي ماعليه .

وأرجح ماذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم من القرآن والسنة . وبناء على ذلك إذا قذف الزوج زوجته المحصنة - العفيفة - ، وجب عليه حد القذف ، وحكم بفسقه ، وكذلك ترد شهادته ، إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن .

وقد يجب على الزوج عند امتناعه عن اللعان التعزير فقط ، وذلك يكون عند قذف غير المحصنة مثل المرأة الكتابية ، والأَمَة ، والمجنونة ، فإن التعزير هو الواجب هنا لأنه ألحق العار بهن بالقذف ، ولا يحد لهن حدا كاملا لنقصانهن بما ذكر ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة .

ماذا لو رجع الزوج عن اللعان ؟

ذهب أئمة المذاهب الأربعة [1] : إلى القول : بأنه إذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان ، يحد حد القذف ، ومن حق الزوجة هنا مطالبة القاضي بهذا الحد ، سواء كان تكذيبه لنفسه قبل لعانها أو بعده ، حيث إن اللعان أقيم مقام البينة في حق

(١) الدر المختار ٨١٢/٢ ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٠/٣ ، كشاف القناع ٤٦٨/٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٧٥/٧ - ٥٧٨ .

الزوج ، فإذا ماكذب نفسه ، يمعنى أن يقول : كذبت عليها ، فيكون بهذا قد زاد في هتك حرمتها وكرر قذفها ، فلا أقل من وجوب الحد عليه الذي كان واجبا بالقذف المجرد .

فإن عاد عن تكذيب نفسه ، وقال لي بينة سوف أقدمها بزناها أو أراد اسقاط الحد عنه باللعان ، لانسمع لكلامه ، لأن البينة واللعان لتحقيق ماقاله ، وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع خلاف ذلك منه .

وهذا كله يكون حينما تكون المقذوفة محصنة – عفيفة – فإن كانت غير محصنة ، يكون التعزير فقط ولكن إذا كان تكذيب الملاعن لنفسه قبل لعان المرأة ، حُد حَد القذف ، وبقيت الزوجية ، بمعنى أن تبقى له زوجة ، لكنها لاتبقى زوجة بعد لعانها .

أركان اللعان وشروطه :

أركانــه : –

ذهب الحنفية (١) : إلى القول : كما هو الشأن في جميع العقود عندهم – بأن ركن اللعان واحد وهو اللفظ – أي الصيغة – وهو : شهادات مؤكدات باليمين واللعن من كلا الزوجين .

أما الجمهور (٢) . فقد قالوا : بأن أركان اللعان أربعة وهي : الملاعن ، والملاعنة ، وسببه ، ولفظه .

---

(١) الدر المختار ٨٠٦/٢ .

(٢) القوانين الفقهية ٢٤٣

وأما شروطه :

لابد أن تتوافر للعان شروطه حتى يصح إجراؤه بين الزوجين وهي :

١- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة - ولو غير مدخول بها - أو حكما ، أي أن تكون في العدة من طلاق رجعي ، لقوله سبحانه : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾ فلا لعان إذا بين غير الزوجين أو إذا قذف إمرأة أجنبية ، فإن حدث وقذفها ثم تزوجها وجب عليه حد القذف ولا يلاعن لأنه قد وجب في حال كونها أجنبية ، كذلك لا لعان بقذف زوجة صارت ميتة ، لأنه بالموت لم تبق زوجة ، ولأن اللعان لايتأتى منها ، كذلك لالعان بقذف المرأة المبانة ، ويحد زوجها الأصلي مثل الأجنبي تماما . وهذا شرط اتفق عليه ماعدا البائن فعند الجمهور يصح اللعان منها .

٢- أن يكون عقد الزواج صحيحا - أن لايكون فاسدا - عند الحنفية : فلا لعان بقذف المنكوحة بنكاح فاسد ، لأنها أجنبية . ولكن بقية الأئمة خالفوهم في ذلك ، بمعنى أنهم أجازوا اللعان من امرأة عقد عليها عقدا فاسدا وذلك لثبوت النسب به ، كمن تزوج بدون ولي أو بدون شهود ، ثم قذفها ، لكن جواز اللعان في هذه الحالة يتقيد بوجود ولد بينهما يريد الزوج نفيه ، فإن لم يكن هناك ولد. حد الزوج ولا لعان بينهما .

٣- أن يسبق اللعان قذف الزوجة بزنا [1] . ولوفي دبر - الحنابلة - : مثل أن يقول : زنيت أو يازانية .

---

(١) غاية المنتهى ٢٠١/٣ ، ٢٠٢ ، المهذب ١١٩/٢ ، كشاف القناع ٤٥٦/٥ ٤٦٣

٤- أن تكذب الزوجة زوجها فيما قذفها من الزنا ، مع استمرار هذا التكذيب حتى انقضاء اللعان بمعنى إذا صدقته ولو مرة ، أو عفت الزوجة عن الحد أو التعزير ، أو سكتت ، بمعنى أنها لم تطالب به ، أو ثبت زناها بأربعة غيره ، فلا لعان ويلحقه النسب .

٥- أن يكون الزوج أهلا للشهادة على المسلم ، بمعنى أن يكونا زوجين حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في قذف ، فلا يكون لعان بين كافرين ولا من أحدهما عبد أو صبي أو مجنون أو محدود في قذف أو كافر ، أو أخرس للشبهة .

ويصح بين الأعميين والفاسقين ، لأنهما أهل لأداء الشهادة ، لكن لاتقبل شهادتهما للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز .

ومجمل القول أن الحنفية [قد اشترطوا أهلية الشهادة في الزوج ، لأن كلمات اللعان شهادات ، وكذلك اشترطوا أن تكون الزوجة ممن يحد قاذفها ، لأن اللعان بدل عن حد القذف في الأجنبية . ولكن الجمهور لم يشترطوا هذين الشرطين .

وقد اشترط المالكية : الإسلام في الزوج فقط لا في الزوجة ، بمعنى أن الذمية تُلاعن لرفع العار عنها ، وقالوا يشترط في المتلاعنين كونهما بالغين عاقلين ، سواء أكانا حرين أم مملوكين ، عدلين أم فاسقين .

أما الشافعية والحنابلة : لم يشترطوا الإسلام في المتلاعنين ، وقالوا : يصح اللعان من كل زوج يصح طلاقه ، بأن يكون الزوجان مكلفين أي بالغين عاقلين . سواء أكانا مسلمين أم كافرين أم عدلين أم فاسقين أم محدودين في قذف أم كان أحدهما كذلك . وكذلك يصح اللعان من الحر والعبد والسفيه والسكران ومن الناطق والأخرس

والخرساء المعلومي الإشارة عند الشافعية ، ومن المطلق طلاقا بائنا لنفي الولد ، وعند الحنابلة إذا لم يكن هناك ولد .

ولا يصح اللعان بالاتفاق من صبي ومجنون ، فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما] [1] ، فاللعان تترتب عليه الفرقة ، لذلك لايصح من غير مكلف كالطلاق أو اليمين .

ومجمل القول : أن الحنفية اشترطوا في المتلاعنين الإسلام والنطق والحرية والعدالة ، وأن يكون اللعان في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما كالرجعية وليست البائنة ، وخالفهم الجمهور في هذا ، ولكن المالكية اشترطوا إسلام الزوج فقط ، واتفقوا على اشتراط التكليف : البلوغ والعقل . واللعان يصح من الأخرس عند غير الحنفية .

مايترتب على اللعان :

يترتب على اللعان – إذا وقع أمام القاضي– بين الزوجين الآثار الآتية : [2] .

١– يسقط حد القذف أو التعزير بالنسبة للزوج ، وكذلك سقوط حد الزنا عن الزوجة .

بمعنى إذا لم يلاعن الرجل وجب عليه عند غير الحنفية حد القذف حين تكون الزوجة الملاعنة محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة ، وإذالم تلاعن المرأة وجب عليها عند الشافعية والمالكية حد الزنا ، أي جلد البكر ورجم المحصنة – المتزوجة – .

---

(١) الفقة الإسلامي وأدلته ٥٦٣/٧ ، ٥٦٤ .

(٢) فتح القدير ٢٥٣/٣ ومابعدها ، بداية المجتهد ١٢٠/٢ ومابعدها ، مغني المحتاج ٣٧٦/٣ ، ٣٨٠ ، المغني ٤١٠/٧ – ٤١٦ .

٢- تحريم الوطء والاستمتاع بالنسبة لكل من الزوجين بعد حدوث التلاعن ، ولو قبل تفريق القاضي لقوله : - صلى ا لله عليه وسلم - [المتلاعنان لايجتمعان أبداً] [(١)] .

٣- وجوب التفريق بينهما فقد قال الحنفية : بأن الفرقة لاتتم إلا بتفريق القاضي ، لقول ابن عباس في قصة هلال بن أمية : (ففرق النبي - صلى ا لله عليه وسلم - بينهما.

وهذا يوضح أن الفرقة لم تحصل قبله ، لذلك إذا مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ، ولو طلقها الزوج وقع طلاقه .

<u>وقال المالكية والحنابلة</u> في الراجح من الروايتين عن أحمد : أن الفرقة تقع باللعان دون حكم القاضي لأن سبب الفرقة هو اللعان وقد حدث ، لذلك تقع الفرقة به من غير حاجة إلى تفريق القاضي ولقول عمر- رضي ا لله عنه - [المتلاعنان يُفرق بينهما ، ولا يجتمعان أبداً] .

<u>وقال الشافعي</u> : تحصل الفرقة حينما يتم لعان الزوج وحده ، بمعنى أنها تحصل ولولم تلاعن المرأة ، لأنها فرقة حاصلة بالقول لذلك تحصل بقول الزوج وحده كالطلاق .

٤- تعتبر هذه الفرقة طلاقا بائنا عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنها بتفريق القاضي ، وكل ماكان بتفريق القاضي يكون طلاقا بائنا ، ولا يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى عصمته التي لاعنها إلا إذا كذب نفسه ، أو صدقته زوجته في دعواه ،

---

(١) رواه الدار قطني عن ابن عباس - نيل الأوطار ٦/٢٧١ .

أو خرج أحدهما عن أهلية الشهادة ، فإذا حدث هذا عادت الحياة الزوجية بين المتلاعنين .

وقال الجمهور ومعهم ابو يوسف : بأن فرقة اللعان فسخ كفرقة الرضاع ، وتوجب تحريما مؤبدا فلا يعود المتلاعنان إلى الزوجية بعدها أبدا لقوله – صلى الله عليه وسلم – : [المتلاعنان لايجتمعان أبداً] ثم إن اللعان قد وجب وهو سبب التفريق ، ولما وجد فيوجد المسبب وهو التفريق الى الأبد .

٥- انتفاء نسب الولد عن الرجل ، والحاقه بأمه وذلك حينما يكون اللعان لنفي النسب ، ولم يسبق هذا النفي إقرار صريح أو ضمني بنسب الولد إلى الزوج ، بمعنى إذا كان الزوج قد أقر بنسب الولد إليه أوسكت عن نفيه عند التهنئة بمولده فلا يصح نفيه له ، وينسب الولد إليه إذا توافرت شروط إثبات النسب .

وقد أشار إلى هذا مشروع قانون الإمارات في المواد الآتية : فقد نص في المادة – ١٩٥ –

[١- في جميع الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بغير ادعاء نتيجة لفراش مشروع في زواج صحيح أو لدخول في زواج فاسد أو لوطء بشبهة ، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بشرط ألا يسبق منه أعتراف بهذا النسب صراحة أو ضمنا وعليه أن يتخذ إجراءات دعوى اللعان في ظرف أربعين يوما كاملة من وقت الولادة أو العلم بها .

٢- يجري اللعان بين الرجل والمرأة في الأحوال السابقة ولو كانت المرأة معتدة أو غير مسلمة أو غير عفيفة أو كان الرجل غير أهل للشهادة أو أخرس متى كان مكلفا .

٣- لايعتد بنفي نسب الحمل ولا يترتب عليه لعان مادام حملا والاقرار المثبت لنسبه يمنع اللعان] .

ونص في المادة - ١٩٦ - على الآتي :

[١- إذا جرى اللعان بين الرجل والمرأة فرقت المحكمة بينهما ونفت نسب الولد عن أبيه وألحقته بأمه .

٢- ويترتب على الحكم بنفي نسب الولد عن أبيه خروجه من العصبة وسقوط حقه في النفقة والإرث دون غيرهما .

٣- الفرقة باللعان فسخ] .

ونصت المادة - ١٩٧ - [في جميع الأحوال إذا أعترف الرجل بعد اللعان بما يفيد كذبه في الاتهام ونفي النسب لزمه نسب الولد ولو بعد القضاء بنفيه ، وله أن يتزوج الملاعنة في العدة وبعدها .

المبحث السادس
في
التفريق للعيب والتفريق للضرر

أولاً : التفريق للعيب :

تمهيــــــد :

المقصود بالعيب هنا نقصان يلحق البدن أو العقل بالنسبة لأحد الزوجين مما يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو أنه لا ساتقرار فيها ، ولقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على التفريق بعيبين وهما : الجب والعنة ولكنهم أختلفوا بالنسبة لعيوب أخرى من حيث عددها .

وذهب أهل الظاهر : إلى القول : بأنه لايفرق بين الزوجين بالعيب أيا كان نوع هذا العيب ، وسواء كان موجوداً بأحد الزوجين قبل العقد أو بعده ، لأنه لايوجد دليل من كتاب أو سنة قد صح في هذا .

آراء الفقهاء في التفريق بالعيب :

١- **الحنفية** : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى القول : بأنها العيوب التي تمنع التناسل وهي ثلاثة – الجب والعنة والخصاء [1] – لأن الغاية من الزواج حفظ النسل ، فالزوج إذا لم يكن صالحا للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد ، أما غيرها فهي لاتمنع .

---

(١) المجبوب : مقطوع الذكر والخصيتين ، العنين : صاحب الآلة المسترخاه ، الخصي : مقطوع الاثنين فقط .

وزاد محمد بن الحسن ثلاثة عيوب أخرى وهي : الجنون والجذام والبرص وخيار طلب التطليق بالنسبة لهذه العيوب عندهم – الحنفية – لايثبت إلا للزوجة فقط ، لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي منحه الله إياه ، ولا داعي أن يرفع الأمر للقضاء لما فيه من التشهير بالمرأة .

٢– المالكية والشافعية : قالوا بأن هذا الحق – خيار طلب التطليق – يثبت لكل من الزوجين بمعنى أن الزوج يجوز له طلب التفريق إذا وجد بزوجته عيبا يمنع الاتصال الجنسي كالرتَق والقَرَن ، كما يثبت لها هذا الحق إذا وجدت بزوجها عيبا .

والمالكية : عدوها ثلاثة عشر بعضها خاص بالرجل ، والبعض خاص بالمرأة ، والبعض مشترك بينهما .

أما الشافعية : فقد عدوها سبعة وهي : الجب والعنة ، والجنون والجذام والبرص ، والرتَق والقَرَن . الأولان بالنسبة للرجل ، والأخيران في المرأة ، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما .

٣– الحنابلة : قالوا بجواز فسخ النكاح بالعيوب التناسلية ، أو العيوب المنفرة ، أو العيوب المستعصية كالسل والسيلان أو الزهري ونحو ذلك مما يعرف عن طريق أهل الخبرة . وهي عندهم ثمانية :

ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي : الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختص بهما الرجل وهما : الجب والعنة ، وثلاثة تختص المرأة بها وهي : الفتق والقرن والعفل (١) .

---

(١) القَرَن : شيء يبرز في موضع الاتصال من المرأة ، العفل : لحم يبرز في هذه الموضع ، الرتق : انسداد موضع الاتصال الجنسي سواء كان بعظم أو بغدة لحم : الفتق اختلاط مجرى البول والمني .

٤- وهناك من ذهب إلى جواز طلب التفريق - وهم الزهري وشريح القاضي وابو ثور واختاره ابن القيم - بكل عيب منفر بأحد الزوجين لايحصل معه المقصود بالزواج من التناسل أو توافر الرحمة والمودة بينهما ، لأن العقد تم على أساس السلامة من العيوب ، فإذا انتفت هذه السلامة ، فقد ثبت الخيار .

متى يثبت هذا الحق ؟ :

ذهب المالكية والشافعية إلى القول : بثبوت هذا الحق لصاحبه على الفور بمجرد العلم به لهذا يسقط بسكوته عنه فترة من الزمن يستطيع فيها دفع الأمر إلى القاضي .

وذهب الحنفية والحنابلة : إلى القول : بثبوته على التراخي بمعنى أنه لايسقط بمجرد السكوت بل لابد من الرضى به صراحة أو دلالة .

يشترط للتفريق بالعيب ما يأتي :

١- ألا يكون طالب التفريق عنده علم بالعيب وقت العقد ، فإن علم به أثناء العقد ، وعقد الزواج ، فلا يحق له طلب التفريق ، لأن تعاقده مع العلم بالعيب رضا منه بهذا العيب .

٢- ألا يرضى بالعيب بعد العقد ، فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب ، ثم علم به بعد إتمام العقد ورضى به ، سقط حقه في طلب التفريق .

التفريق بالعيب : هل هو فسخ أو طلاق ؟

ذهب الحنفية والمالكية : إلى القول : بأنه طلاق بائن ، لأن مايقوم به القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه ، وقد جعل بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن

الزوجة ولايحصل هذا إلا بالطلاق البائن .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى القول : بأنه فسخ لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة [1] .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة – ١٣٢ – على الآتي :

[١- للزوجة أن تطلب التفريق إذا وجدت زوجها عنينا أو معترضا أو مجبوبا ولم تكن عالمة بحاله وقت الزواج ولم ترض به ، ولا يسقط حقها بالتراضي .

٢- فإذا أقر أنه لم يصل إليها لكونه معترضا أجلته المحكمة سنة قمرية من يوم الخصومة لايحتسب منها مدة العذر المقبول ، فإن لم يصل إليها في الأجل وعادت تطلب التفريق أمرته المحكمة بطلاقها فإن أبى فرقت بينهما .

٣- وإذا انكر الدعوى وادعى الوصول إليها وهي ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً أو ثبت أنها صارت ثيبا يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكراً أو نكل حكمت المحكمة بتأجيله السنة .

وإذا اختلفا بعد التأجيل ، وهي ثيب حين تزوجها أو كانت بكراً وثبت أنها صارت ثيبا ، يصدق الزوج بيمينه فإن حلف حكم برفض الدعوى وإن ثبت أنها بكر أو نكل خيرتها المحكمة فإن اختارت الفرقة في المجلس حكم بالتفريق وإن اختارت زوجها حكم برفض الدعوى] .

وكذلك نصت المادة – ١٣٣ – منه على ما ياتي :

[للزوجة أن تطلب التفريق للاعتراض أو الجب الطارئين إذا لم يصل إليها

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٥١٦/٧ – ٥٢١ وأحكام الأسرة في الإسلام ص ٥٨٧ – ٥٩٠ .

الزوج مدة سنة قمرية وإذا ثبت أن المدة أقل من سنة أجلت المحكمة الدعوى إلى مايكمل السنة] .

أما المادة – ١٣٤ – فقد نصت في فقرتيها على الآتي :

[١– لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا مستحكما لايمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولايمكن المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان ذلك العيب قائما قبل العقد ولم يعلم به الطالب أم حدث بعد العقد ولم يرض به .

٢– فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم ، فلا يجوز له أن يطلب التفريق] .

ويتضح من الفقرة الأولى أن المشروع أخذ برأي جمهور الفقهاء بأحقية كل من الزوجين طلب التفريق إذا وجد بالآخر عيبا بخلاف ما ذهب إليه الحنفية الذين جعلوا هذا من حق الزوجة فقط لأن الزوج : يملك الطلاق ، أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد أشارت إلى ما اشترطه الفقهاء للتفريق بالعيب .

أما المادة – ١٣٥ – فقد نصت على الآتي :

[التفريق للعيوب طلاق بائن] وهذا ماذهب إليه الحنفية والماليكة – كما سبق – والمادة – ١٣٦ – قد أوضحت الآتي :

[يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب التطليق من أجلها] .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نص على التطليق للعلل في مادتيه : – ٩٩ – ١٠٠ – .

فقد جاء في المادة – ٩٩ –

[أ – لكل من الزوجين طلب التطليق لعلة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها برء ، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة ، عقلية كانت العلة أو عضوية ، أو صيب بها قبل العقد أو بعده .

ب – إذا كانت العلة يرجى منها برء قبل مضي سنة ، تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطليق] .

وبهذا نجد أن مشروع دول مجلس التعاون قد أخذ بما أخذ به مشروع الإمارات الذي أخذ بدوره برأي جمهور الفقهاء في اعطاء حق طلب التفريق للعيب لكل من الزوجين .

وكذلك نرى مشروع دول مجلس التعاون قد ذكر في المادة – ١٠٠ – [يستعان بأهل الخبرة من الإخصائيين في معرفة العلة] .

وهذا ماجاء في مشروع الإمارات – كما سبق – .

ثانياً : التفريق للضرر :

تمهيـــــــد :

العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية لها أركانها أشارت إليها الآية الكريمة : ﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكونا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة** ﴾ [١] فإذا لم تتحقق هذه المعاني وألحق الزوج بزوجته ضرراً بالقول أو بالفعل ، كضربه إياها ضربا مبرحا وشتمها شتما مقذعاً ، وإكراهها على فعل ما حرم الله سبحانه ، وهجرها لغير التأديب وما شابه ذلك .

فإذا حدث هذا فهل للزوجة أن تطلب التفريق أولا .

أختلف الفقهاء في ذلك :

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة [٢] : إلى القول : بعدم الجواز بمعني أنه ليس من حق الزوجة أن تطلب التفريق ، لأن الحياة الزوجية لاتخلوا من هذا عادة ، وعليها أن تلجأ إلى القاضي لأجل زجره حتى يرجع عن الإضرار بها ، فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالإصلاح بينهما وذلك لقوله سبحانه ﴿ **وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً** ﴾ [٣] .

فقد قالوا : بأن هذه الآية قصرت عمل الحكمين على محاولة الإصلاح بين الزوجين ولم تجعل لهما حق التفريق ، إلا إذا وكلهما الزوج بذلك لأنه هو الأصل في

---

(١) الروم / ٢١ . (٢) الشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في إحدى الروايتين .
(٣) النساء / ٣٥ .

هذا ، وليس هناك من كتاب أو سنة أو أثر يثبت هذا الحق لغيره .

وذهب المالكية والشافعية - في قول آخر - والحنابلة في الرواية الأخرى : إلى القول : بأن لهما الحق في طلب التفريق ، والآية ليس فيها مايمنع ذلك ، بل إن الذي يدقق النظر فيها يجدها قد جعلت لهما هذا الحق ، لأنه سبحانه سماهما حكمين ، وإذا كانا حكمين فهما بمعنى الحاكمين لذلك يثبت لهما حق الحكم ، والحكم هنا لايكون إلا بالتفريق إذا تعذر الإصلاح . وقد روى عن ابن عباس أنه قال في الحكمين : [فإن اجتمع أمرهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز] .

توضيح ما ذهب إليه المالكية :

المرأة من حقها أن تطلب من القاضي التفريق إذا أساء الزوج معاملتها ، فإذا استطاعت أن تثبت دعواها بشهادة رجلين ولو بسماعهما من الجيران ، أو أقر الزوج بهذا فرق القاضي بينهما .

وإذا لم تستطع إثبات دعواها رفضت ، فإن تكررت الشكوى أرسل القاضي حكمين للإصلاح بينهما ، ويشترط فيهما أن يكونا عدلين رشيدين عالمين بالمطلوب منهما شرعا في هذه المهمة ، ويكونان من أهله ومن أهلها إن أمكن ، فإن لم يوجد من يصلح لذلك من أهليهما بعث حكمين أجنبيين ممن لهما صلة بالزوجين .

فإذا توصل الحكمان إلى الصلح بينهما فبها ، وإذا كان غير ذلك والزوج هو المسيء أو الأكثر إساءة فرق الحكمان بينهما بدون عوض ، وإن كانت الزوجة هي المسيئة أو الأكثر إساءة فيكون التخيير بين الابقاء على العلاقة الزوجية وأمر الزوج بالصبر وحسن المعاملة وبين الخلع في نظير عوض ، وإن كانت الإساءة منهما على

السواء كان لهما أن يفرقا بدون عوض أو يخلعاها بعوض يسير ، ويقع بهذا التفريق طلاق بائن [1] .

وقد نص مشروع قانون الإمارات في المادة – ١٢٢ – على الآتي :

[١– إذا ادعى أحد الزوجين أضرار الآخر به بما لايستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما قبل الدخول أو بعده ، يجوز له أن يطلب من المحكمة التفريق وتبذل المحكمة في جلسة سرية وسعها للاصلاح بينهما .

٢– فإذا تعذر الاصلاح عينت المحكمة حكمين للتوفيق أو التفريق ، وحلفت كلا منهما اليمين على أن يقوم بمهمته بعدل وأمانة] .

وواضح من المادة بأن طلب التفريق ممنوح لكل من الزوجين إذا ادعى أن ضرراً قد وقع عليه ، وأن للحكمين التوفيق أو التفريق وهذا ما ذهب إليه الرأي الثاني من الفقهاء .

ثم أوضحت المادة – ١٢٣ – من المشروع ما يشترط في الحكمين فجاء بها :

[يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما] .

ثم بينت المادة – ١٢٤ – من المشروع تنظيم عمل الحكمين من حيث البداية والنهاية والمهلة التي تمنح لهما .

في حين أن المادة – ١٢٥ – قد أوضحت مايقوم به الحكمان من عمل ، فبينت أن على الحكمين التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين في فقرتها الأولى .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ٦٠١ – ٦٠٢ .

أما في فقرتها الثانية :

أ – فقد بينت أنه إذا كانت الإساءة من جانب الزوج . قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون المساس بشيء من حقوق الزوجية المرتبة على الزواج والطلاق ، وهذا في حالة أن تكون الزوجة هي طالبة التفريق أما إذا كان الزوج ترفض الدعوى .

ب – وإذا كانت الإساءة من جانب الزوجة قررا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تدفعه الزوجة .

جـ – وإذا كانت الإساءة مشتركة قررا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة .

د – وإن كان الحال مجهولا فلم يعرف المسيء منهما فإن كان الزوج هو الطالب اقترحا رفض دعواه ، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق قرر الحكمان تفريقا دون بدل .

وواضح مما ذهبت إليه هذه المادة أن المشروع قد أخذ برأي المالكية في هذا الشأن ثم بينت المادة – ١٢٦ – من المشروع الخطوات التالية التي يجب على الحكمين أن يقوما بها .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المواد من ١٠٢ إلى ١٠٨ على نفس هذه الأحكام تقريبا .

أما المادة – ١٠٩ – من المشروع فقد نصت على الآتي :

[إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخـول والخلـوة ، وأودعـت ماقبضتـه مـن مهر ، وما انفقه الزوج من أجل الزواج ، وامتنع الزوج عـن ذلـك وعجـز القـاضي عـن الاصلاح ، حكم بالتطليق] .

المبحث السابع
" في العدة وأحكامها "

الحديث عن العدة يشمل النقاط الآتية :

١- تعريف العدة ، حكمها الشرعي ، حكمتها ، سبب وجوبها ، ركنها .

٢- أنواع العدة ، وعدة من امتد طهرها .

٣- تحول العدة من نوع الى آخر .

٤- أحكام العدة .

تعريف العدة :

العدة لغة : هي الإحصاء ، فهي مأخوذة من العَدَد لأنها تشتمل على عدد الأقراء أو الأشهر غالبا ، يقال : عددت الشيء عِدَّة : بمعنى أحصيته إحصاء .

واصطلاحاً : عند الحنفية [1] . مدة محددة شرعا لانقضاء مابقي من آثار الزواج .

وبناء على تعريف الحنفية : فقد قالوا : بتداخل العدتين سواء أكانتا من جنس واحد أم من جنسين ولو من رجلين ، أما الجنس الواحد فمثاله : إذا تزوجت المطلقة في عدتها ، فوطئها الزوج ، ثم تفرقا حتى وجبت عليها عدة أخرى ، فهنا تتداخل العدتان .

وأما مثال الجنسين : فهي المتوفي عنها زوجها إذا وطئت بشبهة ، فالعدتان تتداخلان هنا أيضاً وتعتد المرأة بثلاث حيضات من عدة الوطء .

---

(١) البدائع ١٩٠/٣ ، اللباب ٨٠/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٤/٧ .

وعند الجمهور [1]: بأنها مدة تتربص فيها المرأة ، لمعرفة براءة رحمها ، أو لحزن على الزوج فهي نفس التربص ، لكنها لا تتداخل هنا بعنى أن العدتين لاتتداخل من شخصين ، وتمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها ، ثم تبدأ بالعدة الأخرى ، أما العدتان من شخص واحد فإنهما تتداخلان ولو كانتا من جنسين فلا تكون هناك عدة بالنسبة للمزني بها فيما ذهب إليه الحنفية والشافعية ، وهذا بخلاف المالكية والحنابلة .

كذلك لاعدة على المرأة قبل الدخول اتفاقا لقوله سبحانه : ﴿ **فما لكم عليهن من عدة تعتدونها** ﴾ .

وتجب على المرأة المدخول بها بالاتفاق أيضاً ، سواء أكان سبب الفرقة طلاقاً أم فسخا أم وفاة ، وسواء أكان الدخول بعد عقد صحيح أم فاسد أم فيه شبهة .

وتجب أيضا عند الجمهور غير الشافعية إذا كان طلاق الرجل للمرأة بعد الخلوة بها .

حكمها الشرعي : تجب العدة شرعا على المرأة بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقوله سبحانه : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ [2] .

وهذا نص في عدة الطلاق ، وأما عدة الوفاة فقوله سبحانه ﴿ **والذين يتوفون ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** ﴾ [3] . وأما عدة الصغيرة

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢٣٦ ، الشرح الصغير ٦٧٢/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٣/٣ ، كشاف القناع ٤٧٦/٥ .

(٢) البقرة / ٢٢٨ .

(٣) البقرة / ٢٣٤ .

والآيسة والحامل فقوله سبحانه : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم ، فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائي لم يحضن ، وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [1] .

وأما السنة : فقوله – صلى الله عليه وسلم – [لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ، تحدُّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً] [2] . وهناك أحاديث أخرى غير ذلك .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة ، في الجملة وإن اختلفوا في أنواع منها .

وقد نصت المادة – ١٦١ – من مشروع قانون الامارات على أن العدة إنما تجب على المرأة بواحد من الأسباب الآتية :

أ- الفرقة بين الزوجين بعد الدخول أو الخلوة ، ولو فاسدة لمانع شرعي في الزواج الصحيح ، وبعد الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد ، سواء أكانت الفرقة من طلاق رجعي أم بائن بينونة صغرى أو كبرى ، من الزوج أو من المحكمة ، أم كانت عن فسخ أو تفريق في الزواج الفاسد .

ب- بوفاة الزوج ، أو باعتباره ميتا بحكم أو قرار في الزواج الصحيح ، ولو قبل الدخول والخلوة .

---

(١) الطلاق / ٤ .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ام سلمة – نيل الأوطار ٢٩٢/٦ . والإحداد : منع المعتدة نفسها من الزينة ، وكذلك منع الخطوبة .

جـ - بالوطء بشبهة] .

وقد نصت المادة - ١٦٢ - على أنه لاتجب العدة بالفرقة قبل الدخول والخلوة .

وأوضحت المادة - ١٦٣ - عن بداية العدة بالنسبة للزواج الصحيح ، أو الفاسد ، أو الوطء بشبهة إذا وقع الطلاق في فقراتها الثلاث .

وأما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة -١٢٠- في الفقرة (أ) على أن العدة مدة تربص ، تقضيها الزوجة وجوباً دون زواج إثر الفرقة .

ونصت في الفقرة (ب) على أن العدة تبتدىء من يوم وقوع الفرقة ، وفي الفقرة (جـ) على أنها تبتدىء في حالة الوطء بشبهة من أخر وطء] .

حكمتها : وحكمة العدة أنها تكون للتعرف على براءة الرحم ، أو من أجل مراعاة حق الزوج المتوفي ، وذلك بمنع الزوجة من أن تتزين - كما سبق هذا في الحديث - وتكون كذلك لإعطاء الفرصة الكافية للزوج الذي طلق من أجل أن يعود لزوجته المطلقة .

ومعلوم أن العدة تكون لبراءة الرحم : في الطلاق البائن ، والتفريق لفساد الزواج أو الوطء بشبهة . منعا لاختلاط الأنساب .

وتكون في الطلاق الرجعي لأجل تمكين الرجل من العود الى مطلقته خلال العدة ، وذلك بعد أن تهدأ نفسه وتزول عاصفة الغضب عنده .

أما في حالة الوفاة : فإن المراد منها - أي العدة - تذكر نعمة الزواج ورعاية حق الزوج وأقاربه .

سبب وجوبها [1] : تجب العدة بأحد الأسباب الآتية :

١- تجب العدة بالفرقة بعد الدخول سواء أكان الزواج صحيحا أم فاسدا ، أو بعد الخلوة الصحيحة عند الجمهور إلا الشافعية ، سواء أكانت الفرقة في حال الحياة بسبب طلاق أو فسخ ، أم بسبب الوفاة .

٢- وكذلك تجب العدة بالاتفاق بالتفريق للوطء بشبهة ، كالموطوءة في زواج فاسد ، لأن وطء الشبهة والزواج الفاسد كالوطء في الزواج الصحيح من حيث شغل الرحم ولحوق النسب بالواطئ ، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم ، حتى لاتختلط الأنساب والمياه . ومثال الوطء بشبهة : أن تزف امرأة الى غير زوجها ، ويقال له : بأنها زوجته ، فيدخل بها بناء على ذلك ، ثم يتبين له أنها ليست بزوجته .

ولا فرق في وجوب العدة بأحد السببين السابقين بين أن تكون الفرقة بسبب الطلاق أو الفسخ ، فكل فرقة بين زوجين عدتها عدة الطلاق ، سواء كانت بخلع أم لعان أم فسخ بعيب أم إعسار .

ولا فرق أيضاً : بين أن يكون الوطء حلالا ، أم حراما مثل وطء حائض .

ولا عدة قبل الدخول وهذا بنص القرآن الكريم - كما سبق - .

٣- والعدة تجب أيضا اتفاقا بعد وفاة الزوج في العقد الصحيح ، ولو كانت الوفاة قبل الدخول أو الوطء أو كانت الزوجة صغيرة ، أو زوجة صبي ولو رضيعا ، لإطلاق الآيات الكريمات مثل قوله سبحانه ﴿ **والذين يُتوفون منكم ، ويذرون أزواجا**

---

(١) الدر المختار ٨٢٤/٢ ومابعدها ، الشرح الصغير ٦٧١/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٤/٣ ، ٣٩٥ ، المغني ٤٤٩/٧ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٨/٧ - ٦٣٠ .

يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ [1] .

٤- وقد أوجب المالكية والحنابلة خلافا للحنفية والشافعية العدة على المزني بها مثل الموطوءة بشبهة ، حيث إنه وطء يؤدي شغل الرحم ، فوجبت العدة منه كوطء الشبهة . ولم تجب عند غير هؤلاء ، لأن العدة لحفظ النسب ، والزاني لايلحقه نسب بسبب الزنا .

ركن العدة : ذكر الحنفية أن ركن العدة هو التزام المرأة بحرمات ثابتة بسبب العدة يحرم عليها مخالفتها ، فمحرم عليها أن تتزوج بآخر ، وكذلك يحرم عليها الخروج من بيت الزوجية الذي طلقت فيه .

الرجل والعدة : من المعلوم أنه ليس على الرجل من عدة بالمعنى الاصطلاحي ، لذلك يجوز له بعد الفرقة مباشرة التزوج بأخرى ، إلا إذا وجد مانع شرعي ، مثل أن يتزوج بمن لايحل له الجمع بينها وبين زوجته الأولى كالأخت والعمة والخالة .

وتزوج امرأة خامسة في أثناء عدة المرأة الرابعة التي فارقها حتى تنقضي عدتها ، ونكاح المطلقة ثلاثا قبل التحليل ، وفي هذا معنى للعدة وليست عدة بالمعنى الاصطلاحي ، لأن الرجل لايعتد .

أنواع العدة :

الاختلاف والتنويع بالنسبة للعدة يرجع إلى سبب التفريق وطبيعة المرأة في ذلك الوقت الذي تحدث فيه الفرقة ، وهي تتنوع إلى ثلاثة أنواع :

(١) سبق تحقيقها .

النوع الأول : عدة بالأقراء .

النوع الثاني : عدة بالأشهر .

النوع الثالث : عدة بوضع الحمل .

فإذا كانت الفرقة بسبب الطلاق أو الفسخ وكانت الزوجة من ذوات الحيض فعدتها تنتهي بثلاث حيضات كاملة لقوله سبحانه : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ .

والمراد من القرء الحيض كما هو مذهب الحنفية .

وإذا وقع التفريق في أثناء الحيض فلا تحتسب الحيضة التي وقع فيها الطلاق لأنها غير قابلة للتجزئة .

ومعناه :- أي القرء - الطهر عند غير الحنفية .

وتكون العدة - عند الحنفية - ثلاث حيضات كاملة ، وهو الذي سار عليه مشروع قانون الامارات في المادة -١٦٤-ومشروع دول مجلس التعاون في المادة-١٢٢- .

وإن لم تكن من ذوات الحيض بأن كانت صغيرة لم تحض أصلا أو كبيرة بلغت سن اليأس وهو خمس وخمسون سنة على الأقل - وهو المفتي به في مذهب الحنفية - فعدتها ثلاثة أشهر لقوله سبحانه : ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن** ﴾ [(١)] .

وإن كانت الفرقة بسبب الوفاة ولم تكن الزوجة حاملا فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام. لقوله سبحانه ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** ﴾ [(٢)].

---

(١) الطلاق / ٤ .　　(٢) البقرة / ٢٣٤ .

وأما إذا وقعت الفرقة بسبب طلاق أو فسخ أو وفاة وكانت الزوجة حاملا فعدتها في جميع الأحوال وضع الحمل لقوله سبحانه : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾ .

والنص هنا عام يشمل جميع المعتدات بأي سبب من أسباب العدة .

ويكون ابتداء العدة في الزواج الصحيح من وقت وقوع الفرقة بالطلاق أو غيره .

وإن كانت العدة بسبب الوطء بشبهة أو فساد في العقد فتأخذ الأحكام السابقة في الطلاق والوفاة والحمل ، غير أنها تبتدىء في العقد الفاسد من وقت المتاركة أو من وقت الموت ، وفي وطء بشبهة من آخر دخول بها .

وإذا كانت العدة بالأشهر وحدث التفريق في أول الشهر العربي فتعتبر الأشهر بالأهلة كما هو اتفاق الفقهاء . وإن كانت في أثناء الشهر فيرى الإمام أبوحنيفة أنها تقدر كلها بالأيام ، فلا تنقضي عدتها إلا بمضي تسعين يوما . وقال الصاحبان يكمل الشهر الأول من الشهر الرابع ويعتبر الشهران المتوسطان بالأهلة لأن التقديم بنص القرآن الكريم بالأشهر فلا يلغي هذا الاعتبار إلا بالضرورة وهي تقدر بقدرها من الشهر الأول والأخير فقط [1] .

وقد نصت المادة – ١٦٤ – من مشروع قانون الامارات على انقضاء العدة في فقرات ثلاث:

الأولى : بالنسبة للمتوفي عنها زوجها ، **والثانية** : للحامل ، **والثالثة** : لغير الحامل .

---

(١) البدائع ١٩٠/٣ ، اللباب ٨٤/٣ .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة – ١٢٢ – على هذا ونـص في المادة – ١٢٣ – على أنه : [لاتزيد مدة العدة في جميع الأحوال على سنة] .

عدة من امتد طهرها : [١]

إذا كانت المعتدة من ذوات الحيض ، ثم ارتفع حيضها ولم تدر سبب ذلك هل هو حمل أو رضاع أو مرض ؟ ثم أمتد طهرها ولم تصل بعد إلى سن اليأس ، فحكمها عند الحنفية والشافعية أنها تبقى أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر لأنها لما رأت الحيض صارت من ذوات الحيض ، فلا تعتد بغيره ، ولما روى البيهقي عن عثمان أنه حكم بذلك في المرضع .

أما المالكية والحنابلة : فإنهم قالوا : تكون عدتها سنة بعد انقطاع الحيض لأي سبب من الأسباب : بمعنى أنها تنتظر تسعة أشهر من تاريخ الطلاق للتحقق من براءة الرحم – وهي مدة الحمل غالبا – ثم تعتد بثلاثة أشهر ، فيكون مجموع عدتها سنة . ويستندون في هذا إلى ماروى عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : في رجل طلق امرأته ، فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها ، لاتدري مارفعه ؟ [أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، فإن بان حمل فذاك وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر بثلاثة أشهر ، ثم حلت] [٢] . ولم يخالفه أحد من الصحابة في ذلك فكان إجماعاً .

---

(١) الدر المختار ٨٢٨/٢ ، الشرح الصغير ٦٧٥/٢ ، مغني المحتاج ٣٨٥/٣ ، كشاف القناع ٤٨٥/٥ .

(٢) رواه الشافعي بإسناد جيد من حديث سعيد بن المسيب عن عمر .

فإن انقطع الحيض بسبب الرضاع ، فعند المالكية تكون عدتها بانقضاء سنة بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان فإن رأت الحيض ولو في آخر يوم من السنة انتظرت الحيضة الثالثة وما ذهب إليه المالكية والحنابلة في عدة ممتدة الطهر هو الجدير بأن نأخذ به ، حيث أنه، الأيسر بالنسبة للناس ، وعدم تطويل العدة على المرأة .

وأما المستحاضة أو ممتدة الدم : وهي المتحيرة التي أصبحت لاتعرف عادتها ، فالمفتي به عند الحنفية : أن عدتها تنقضي بسبعة أشهر ، بمعنى أن يقدر طهرها بشهرين ، فتكون أطهارها ستة أشهر ، وتقدر ثلاث حيضات بشهر احتياطا . وقيل : بأن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر .

وأما إذا استمر بها الدم ، وكانت عادتها معلومة لديها ، فإنها ترد الى عادتها .

وذهب الشافعية والحنابلة : إلى القول : بأن عدة المستحاضة الناسية لوقت الحيض وكذلك المبتدئة مثل الآيسة : وهي ثلاثة أشهر ، لأنه – صلى الله عليه وسلم – أمر حَمْنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة من كل شهر ، بدليل أنها تترك فيها الصلاة ونحوها . أما إذا كانت لها عادة أو تمييز عملت به .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة – ١٦٤ – من مشروع قانون الامارات على ذلك في الفقرة (جـ) ونصها : [عدة من لم تبلغ الخمسين من العمر ولم تر الحيض ثلاث مرات عقب الطلاق تنقضي بخمسة وستين وثلاثمائة يوم ولو رأت الحيض مرة أو مرتين في أثناء هذه العدة] .

[أما من بلغت الخمسين فإنها تعتد بثلاثة أشهر قمرية إن كان الحيض قد انقطع عنها ستة أشهر قمرية قبل الخمسين أو بعدها] .

ومشروع دول مجلس التعاون قد نص في الفقرة (٢) من المادة - ١٢٢ - منها على الآتي :

[عدة غير الحامل ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا ، أو بلغت سن اليأس وانقطع حيضها ، فإن رأت الحيض قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاث حيضات] .

إنتقال العدة من نوع الى آخر (١) :

العدة قد تجب - كما سبق - بنوع من الأنواع السابقة ولكن قد يعرض لها ما يجعلها تتغير من نوع إلى نوع مثل إذا وجبت العدة بالحيض فطرأ عليها ما يوجب الاعتداد بالأشهر ، أو إذا كانت العدة بالأشهر فطرأ عليها ما يوجب الاعتداد بالحيض وفي كلتا الحالتين يجب التحول والانتقال بالعدة إلى مايصلح لها وفقا لأصول التشريع الرحيم من التيسير وعدم الحرج .

فمن كانت عدتها بثلاثة أشهر لصغر السن وعدم رؤية الدم أو ظن الإياس ثم رأت الدم قبل نهاية الأشهر الثلاثة ولو بأيام قلائل فإنها تستأنف العدة من جديد وتعتد بالحيض حيث أمكن هذا أما إذا حاضت بعد انقضاء العدة لايلزمها استئناف العدة بالأقراء ، لأن المقصود حصل بالبدل فلا يبطل حكمه كمن صلى بالتيمم ثم وجد الماء .

ومن كانت عدتها بالحيض فحاضت مرة أو مرتين ثم بلغت سن الإياس انتقلت عدتها من الحيض إلى الشهر .

(١) فتح القدير ٣/٢٧٧ ، ٢٧٩ ، اللباب ٣/٨١ .

وإن طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ثم مات وهي في العدة انتقلت عدتها من هذا الطلاق سواء أكانت بالحيض أم بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام .

وإذا اعتبر الزوج فارا من الميراث – بأن طلق زوجته وهو في مرض الموت – ثم مات قبل انقضاء العدة فلا تحتسب عدة الطلاق ، وإنما تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة فأيتهما كانت أطول فهي الواجبة عليها شرعاً .

[وقد نصت على ذلك المواد – ١٦٥ – ، – ١٦٦ – ، – ١٦٧ – من مشروع قانون الامارات على الأتي :

نصت المادة – ١٦٥ – على أن المعتدة من طلاق بائن ، أو فسخ إذا توفى الرجل أثناء العدة تتم عدتها ولا تنتقل إلى عدة الوفاة ، مع مراعاة البند (جـ) من الفقرة (٣) السابقة ، ونصه :

[المبانة بقصد الفرار من الإرث إذا توفي مطلقها قبل تمام عدتها ، تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة] .

ونصت المادة – ١٦٦ – على أن الموطوءة بشبهة في عقد فاسد أو دون عقد لاتنتقل إلى عدة الوفاة إذا توفى الرجل أثناء العدة .

ثم نصت المادة – ١٦٧ – على أن من تزوج معتدته من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء العدة . ثم طلقها قبل دخول جديد تتم عدتها السابقة ولا تستأنف عدة جديدة .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد تحدث عن طروء عدة على عدة ، وذلك في المادتين – ١٢٤ – ، – ١٢٥ – والمشروعان قد تلاقيا في هذا الأمر .

أحكام العدة [1] :

للعدة أحكام أذكر منها مايلي :

١- الإقامة في بيت الزوجية : إذا كانت المعتدة من طلاق أو فسخ أو وفاة فيجب عليها أن تقيم في بيت الزوجية ولا تخرج منه حتى تنقضي عدتها وإن حدث ووقعت الفرقة وهي في خارج المنزل وجب أن تعود إليه في الحال . وذلك لقوله سبحانه **﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم ، لاتخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾** [2] .

ففي هذه الآية الكريمة نهي صريح عن اخراج المعتدات ونهي للمعتدات عن الخروج من بيت الزوجية . وقد بين العلماء أن المقصود من الفاحشة هو الزنا ، فيخرجن لإقامة الحد عليهن ، أو النشوز بسلاطة لسانها على أحمائها ، فيخرجن للتخلص من هذه الإساءة التي تصدر منهن .

وجمال التشريع يظهر من خلال بقاء المعتدة في منزل الزوجية التي وقعت فيه الفرقة من أن يتمكن الزوج عند ذلك من مراقبة أحوالها وصيانتها عن التطلع إلى الغير .

وفي فترة العدة هذه قد يستجد مايرغبه في مراجعتها والعود إلى حياتها الزوجية بما كانت عليه من هدوء واستقرار ، وإذا كانت العدة من وفاة فإن بقاءها في بيت الزوجية من قبيل المحافظة على ذكراه وهذا واجب الوفاء لعشرة سابقة .

---

(١) اللباب ٨٥/٣ - ٨٩ ، فتح القدير ٢٩٩/٣ ، الشرح الصغير ٦٧٩/٢ ، المهذب ١٤٦/٢ ، المغني ٤٨٠/٧ .

(٢) الطلاق / ١

ومما سبق يتضح أنه لايجوز شرعا أن تفارق المعتدة بيت الزوجية قبل انقضاء عدتها إلا لضرورة تمنع إقامتها فيه كخشية سقوط – مثلا – للبيت الذي تقيم فيه .

فإذا انتقلت من بيت الزوجية دون عذر من الأعذار وبدون رغبة الزوج اعتبرت ناشزا وتسقط نفقة عدتها ولا تعود إلا بعودتها إليه .

ولكن العرف السائد في هذه الأيام هو عدم بقاء الزوجة في منزل الزوجية بعد حدوث الطلاق من أجل هذا تسارع إلى الإنتقال الى بيت أهلها ، ويرون من العار أن تبقى لحظات بعد ذلك في منزل زوجها الذي هان عليه أن ينفض يده من التمتع بأحضان لقائها ، والأزواج لايعارضون ذلك بعد إقدامهم على حل هذه الرابطة .

واتباعا لهذا العرف الجاري لايعتبر الخروج من منزل الزوجية بعد حدوث الفرقة الآن نشوزاً يستوجب الحرمان من نفقة عدتها .

٢– تحريم خطبتها : فكما سبق لايجوز للأجنبي خطبة المعتدة صراحة ، سواء أكانت مطلقة أو متوفي عنها زوجها ، لأن المطلقة طلاقا رجعيا في حكم الزوجة ، لذلك لايجوز خطبتها ، ولبقاء بعض آثار الزواج في المطلقة ثلاثا أو بائنا أو متوفي عنها زوجها .

ولا يجوز أيضا التعريض بالخطبة في عدة الطلاق ، مع جواز هذا في عدة الوفاة لقوله سبحانه : ﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء** ﴾ .

٣– تحريم الزواج : بمعنى أنه يحرم زواج الأجنبي منها إجماعا ، وهذا من باب أولى ، لقوله سبحانه : ﴿ **ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب**

أجله ﴾ [1] . أي لاتعقدوا عقد النكاح حتى تنقضي العدة التي كتبها الله على المعتدة ، ولأن الزوجية باقية في الطلاق الرجعي ، وآثارها في الطلاق الثلاث والبائن .

ولهذا لو تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها ممنوعة من الزواج من أجل حق زوجها الأول .

٤- الإحداد : وهو ترك الطيب والزينة والحلي ولبس ثياب الحرير ، وهذا يكون في عدة المتوفي عنها زوجها ، إظهارا للأسف والحزن على مفارقة هذا الزوج الذي تمتعت بآثار نعمه ، ووفاء لما كان بينهما من عشرة محمودة .

وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء لما روي عن أم حبيبة – رضي الله عنها – لما بلغها موت أبيها أبي سفيان انتظرت ثلاثة أيام ، ثم دعت بطيب وقالت مالي بالطيب حاجة غير أني سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول : [لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً] [2] .

وكذلك اتفقوا على ترك الحداد للمطلقة رجعيا ، بل يستحبون لها أن تبادر بتجميل نفسها ماستطاعت لعل في هذه دعوة للزوج الى الحنين الى البيت السعيد .

وأما ان كانت العدة من طلاق بائن فيرى الحنفية وجوب الإحداد عليها إظهارا للأسف والحزن على فوات نعمة النكاح كما وجب عليها ذلك في حالة الوفاة .

وذهب المالكية والشافعية إلى القول بعدم الزامها الحداد في هذه الحالة لأنه وجب إظهارا للأسف والحزن على الزوج الذي حافظ على دوام العشرة بالمودة والرحمة

---

(١) البقرة / ٢٣٥ . (٢) صحيح البخاري ٧٤/٧ .

حتى فرق ا لله بينهما بالموت ، وهذا بخلاف الزوج الـذي بـت طلاقهـا ففـي هـذا آلام للمرأة ووحشة لها .

٥- النفقة : وهي الطعام والكسوة والسكنة وهي تجـب بالنسـبة للمعتـدة مـن طلاق رجعي ، أو بائن وكذلك إذا كانت نتيجة الفرقـة بعـد زواج صحيـح ، أو كـانت نتيجة تطليق القاضي عليه ، وسواء أكانت المرأة حامل أو غير حامل ، وهـذا مـاذهب إليه الحنفية لقوله سبحانه : **﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضارهون لتضيقوا عليهن ﴾** [1] .

ويتضح من هذه الآية الكريمة أن ا لله سـبحانه وتعـالىقد أمـر الأزواج بإسـكان الزوجات المعتدات على حسب طاقتهم ، ونهاهم عن الإضرار بهن .

وعند تقدير النفقة للمعتدة يجب أن يراعي عند تقديرها ما وجـب مراعاتـه في نفقة الزوجة ، وتعتبر هذه النفقة دينا من تاريخ الطلاق أو الفسخ بمعنـى أنهـا لاتسـقط إلا بالأداء أو الإبراء .

وقد نصت المادة – ١٦٨ – من مشروع قانون الامارات على الأتي :

[تجب النفقة للمعتدة من طلاق أوفسخ ولو كـان بسـب مـن جهتهـا ، إلا في حالة بقائها علـى الشـرك مـع إسـلام الـزوج ، وذلـك بـدون إخـلال بأحكـام الخلـع والتطليق) .

---

(١) الطلاق / ٦ .

ونصت المادة – ١٦٩– على مايأتي :

[١– تقدر نفقة المعتدة بحسب حال الرجل يسرا وعسرا ، وتعتبر دينا في ذمته لايسقط إلا بالأداء أو الابراء .

٢– ولا تستحق نفقة عدة أكثر من سنة .

٣– ولا تسمع الدعوى بنفقة عدة عن مدة ماضية تزيد على ستة أشهر نهايتها رفع الدعوى .

القسم الثالث
" في حقوق الأولاد والأقارب "

ويشتمل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : في النسب .

المبحث الثاني : في الرضاع .

المبحث الثالث : في الحضانة .

المبحث الرابع : في الولاية .

المبحث الخامس : في نفقة الأولاد والأقارب

تمهيـــد :-

لاشك أن من أهم أغراض الزواج النسل ، لأن الانسان بفطرتـه السـليمة يميـل إلى الولد ، ويجب أن يكون له من الأولاد مايتبادل معهم العطف والمحبة ، وفي نفـس الوقت يعتز بهم ويستعين بهم على نوائب الزمان .

كما أن من أهداف مجيء الأولاد ، أن يكونوا أعضاء صالحين في المجتمع ولن يكون ذلك إلا من خلال أسرة ، ولا تتحقق الأسرة إلا بربـاط قـوي تربـط بـين أفرادهـا ليعيشوا متحابين متعاطفين .

هذا الرباط جعله الشارع النسب ، وهو الحق الأول للولد يدفع من خلاله الذل والضياع عن شخصه وذاته ، وهو حق لوالديه حتى لاينسب إلى غيرهما .

ثم يأتي بعده حق الرضاع الذي يحفظ هـذا الوليـد في مسـتهل حياتـه ، لأنـه الوسيلة الوحيدة لتغذيته ، وهو في هذه الفترة الزمنية وما بعدها في حاجة إلى من يرعى شئونه لهذا كان حق الحضانة والولاية ولأنه ينشأ ضعيفا عاجزا عـن التكسـب فهـو في حاجة إلى من ينفق عليه ، وكانت النفقة على الوالدين كذلك إذا كان لنفس السـبب – وهو العجز – وعلى من يحل محلهما من الأقارب .

المبحث الأول
" فـــي النســـب "

ويشتمل على الآتي :-

١- مدة الحمل .

٢- أسباب ثبوت النسب .

٣- طرق إثبات النسب .

تمهيـــد :-

لقد اعتنى الشارع الحكيم بالنسب من حيث تنظيمه وإرساء قواعده مـن أجـل الحفاظ عليه من الفساد والاضطراب ، وقد جعله من النعم التي امتن بها على عباده ، ويقول سبحانه ﴿ **وهو الذي خلق من الماء بشـرا فجعلـه نسـبا وصهـرا وكـان ربـك قديرا** ﴾ [1] ولقد جعل العلي القدير له سببا واضحا كريما يتفق وكرامة الإنسان ، وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج وما ألحق به من ملك اليمين ، ولم يتركه – النسب – لرغبات الناس وأهوائهم – وما أكثر ماتنحرف هذه الرغبـات والأهـواء فـنرى الشـخص يهبه لمن يحب ، ويمنعه عمن لايحب ، لهذا أبطل طرقه غـير المشـروعة الـتي كـانت شائعة في الجاهلية من التبني ومن الحاق الأولاد عن طريق الفاحشة ، يقول سبحانه : ﴿ **وما جعل أدعيائكم أبنائكم ذلكم قولكم بـأفواهكم وا لله يقـول الحـق وهـو يهـدي السبيل** ﴾ [2] .

---

(١) الفرقان / ٥٤ .

(٢) الأحزاب /٤ .

ويقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – [الولدُ للفراش وللعاهر الحجر][1] .

ولقد شدد – صلوات الله وسلامه عليه – النكير على الآبـاء الذيـن يجحـدون نسب أولادهم فيقول – صلى الله عليه وسلم – فيما رواه أبوهريرة [أيما رجل جحـد ولـده وهـو ينظـر إليـه إحتجـب الله منـه يـوم القيامـة وفضحـه علـى رؤوس الأولـين والآخرين] [2] لأن هذا الانكار يعرض الولد وأمه للـذل والعـار ونـراه كذلـك قـد توعـد الأبناء الذين ينتسبون إلى غير آبائهم بقوله : [من ادعى إلى غـير أبيـه وهـو يعلـم أنـه غير أبيه فالجنة حرام عليه] [3] لأن الانتساب إلى غير الآباء من أكبر العقوق لهم .

وكذلك حذر النساء من أن ينسبن إلى أزواجهن من ليس منهم ، فيقـــول : [أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهـم فليسـت مـن الله في شـيء ولـن يدخلهـا جنته] [4] .

ومعروف أن الولد إنما يلحق بالأب بعد ثبوت الفراش ، وهو لا يثبت إلا بعـد إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد يأتي بعد هذا ثبوت النسب الذي يكون حـال قيام العلاقة الزوجية أو بعد افتراقهما بطلاق أو فسخ أو موت الرجل ، وهذا لن يكـون إلا إذا تمت الولادة في فترة معينـة ، وهـذا مـاذهب إليـه الجمهـور ، وروي عـن أبـي حنيفة أنه – أي لحوق الولد بأبيه – يثبت بمجرد العقد ، لأن مجرد المظنـة كافيـة . ورد بمنع حصولها بمجرد العقد ، بل لابد من إمكان الوطء [5] .

---

(١) نيل الأوطار / ٢٧٩/٦ .

(٢) ابو داود والنسائي سبل السلام ١٩٣/٣ ، ومعنى : وهو ينظر إليه – أي يعلم أنه ولده .

(٣) رواه أحمد والبخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص .

(٤) سبل السلام ١٩٣/٣ .

(٥) البدائع ٢١٢/٣ ، نيل الأوطار ٦ / ٢٧٩ .

لهذا سوف أبدأ الحديث بعون ا لله ومدده – أولا عن :

أ– مدة الحمل

ب– اختلاف الزوجين في الولادة والمولود

جـ– إثبات نسب الولد بالقيافة .

أ– مدة الحمل :

أقل مدة الحمل [1] : اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور ، ومن وقت عقد الزواج عند أبي حنيفة . لأن المرأة فراش الزوج ويلحقه الولد وذلك للحديث المتقدم [الولد للفراش] وهو دليل الجمهور : على أن المرأة ليست بفراش إلا بامكان الوطء ، وهو مع الدخول .

ولقد استدل الفقهاء على أقل مدة الحمل : بآيتين كريمتين هما قوله سبحانه : **﴿ ووصينا الانسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ﴾** [2] .

وقوله سبحانه : **﴿ ووصينا الانسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين ﴾** [3] .

فالذي يتضح من الآية الأولى أنها حددت الحمل والفصال ، أي الفطام بثلاثين شهراً ، وقد حددت الآية الثانية الفصال بعامين ، وباسقاط مدة العامين

(١) بداية المجتهد ٣٥٢/٢ ، بدائع الصنائع ٢١١/٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٦٧٦/٧ ، أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد مصطفى شلبي ص ٦٩٧ .

(٢) الاحقاف / ١٥ .

(٣) لقمان / ١٤ .

للفصال تكون مدة الحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير سبحانه ولقد عاش الناس هذا الواقع – بعد بيان القرآن الكريم – وشهد الطب بهذا ومما يؤيد ذلك الاستنتاج ماروي أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر من تاريخ الزواج ، فرفع أمرها إلى عثمان – رضي الله عنه – فهمَّ برجمها ، فقال له ابن عباس – رضي الله عنهما – [أما إنها لو خاصمتكم إلى كتاب الله لخصمتكم] – أي غلبتكم – فقال تعالى : ﴿ **وحمله وفصاله ثلاثون شهراً** ﴾ وقال : ﴿ **وفصاله في عامين** ﴾ فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فمنع عثمان الحد عنها ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك .

وأما أكثر مدة الحمل (1) : فقد اختلف الفقهاء فيه :

وقد نشأ هذا الاختلاف بسبب عدم ورود نص يحدد هذه المدة في كتاب الله أو سنة رسوله – صلى الله عليه وسلم – وإنما كان التحديد على ماجرت به العادة في ولادة النساء كما يرى البعض ، أو لأن أثرا روي عن أم المؤمنين عائشة – رضي الله عنها – كما يرى فريق آخر ، أو على إخبار بعض النسوة في وقائع نادرة كما يرى غير هؤلاء وهؤلاء .

ومعلوم أن الأثر المروي عن عائشة – رضي الله عنها – لو صح عند الفقهاء لقالوا بمقتضاه لأنه في التقديرات التي لاتعلم إلا بإخبار من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهذه الأقوال هي :

---

(1) اهتم الفقهاء ببيان أقصى مدة الحمل ليس من أجل إثبات النسب حين قيام الزوجية حقيقة لأنه ثابت على كل حال بعد مضي ستة أشهر وإنما كان هذا لإثباته بعد الفرقة أو حالة غيبة الزوج ، أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد مصطفى شلبي ص ٦٩٨ ، الكتاب مع اللباب ٨٧/٣ ، فتح القدير ٣١٠/٣ ، مغني المحتاج ٣٩٠/٣ ، بداية المجتهد ٣٥٢/٢ ، المغني ٤٧٧/٧ ، المحلى ٣٨٥/١٠ .

١- ذهب الحنفية إلى القول : بأن أكثر مدة الحمل سنتان ، لقول عائشة - رضي الله عنها [لايبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ، ولو بفلكة مغزل] [1] بمعنى أن الحمل إذا ولد لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت .

٢- وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأن أكثر مدة الحمل أربع سنوات ، لأن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنين ، لأن نساء بني عجلان يحملن أربع سنين .

فإذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ، ولا وطئت ، ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل ، فإن الولد لاحق بالزوج ، وعدتها منقضية بوضعه .

٣- ذهب المالكية إلى القول : وهو المشهور عندهم - بأن أكثر مدة الحمل خمس سنين وقال الإمام مالك : بلغني عن امرأة حملت سبع سنين . وقال محمد ابن الحكم من المالكية : بأنها سنة قمرية .

٤- وذهب ابن حزم الظاهري ، وعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إلى القول : بأن أكثره تسعة أشهر قمرية .

ولكن بعد هذا التقدم العلمي ورأي الأطباء فقد اعتبرت القوانين المعمول بها مدة الحمل - أقصاها - سنة شمسية - ٣٦٥ يوما ليشمل كل الحالات النادرة من هذا مشروع قانون الامارات فقد نص في المادة - ١٧٢ - [أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما ، وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما] .

---

(١) رواه الدار قطني والبيهقي في سننيهما .

ويتفق مشروع دول مجلس التعاون مـع مشروع الامـارات ، ولهـذا كـان نـص المـــادة -٧٤- من هذا المشروع [أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة] .

اختلاف الزوجين في الولادة والمولود :-

قد يقع اختلاف بين الزوجين في الولادة أو في تعيين المولـود أثنـاء المدة الـتي يثبت فيها النسب [1] .

إذا ادعت المرأة أنها ولدت هذا المولود فإما أن يصدق الرجل دعواها وإمـا أن ينكرها فإن صدقها ثبت النسب إذا توافرت شروط ثبوته ، ولكنـه إذا لم يصدقهـا بـأن أنكر دعواها قائلا : إنها لم تلد ، وهذا الولد لقيط . ففـى هـذا الانكـار تختلـف طـرق الاثبات باختلاف حالات المرأة عند إدعائها ، لأنها قد تكون زوجة أو مطلقـة رجعيـا أو بائنا أو معتدة من وفاة ، وكذلك من حيث ظهور الحمـل أو لا ، أو اعـتراف الـزوج به أو لا. بمعنى أن الدعوى قد تثبت بقول المـرأة ، وقـد تثبـت بشـهادة امـرأة مقبولـة الشهادة، وهذه المرأة إما أن تكون القابلة أو غيرها ، وقد تحتاج إلى بينة كاملة رجلين أو رجل وامرأتين من العدول . وهذا ماذهب إليه أبو حنيفة: وتوضيح هذا فيما يأتي :

١- إذا كانت المرأة المدعية زوجة وكان الحمل ظاهراً أو اعترف الزوج بوجوده أو كان هذا الاعتراف لورثته بعد وفاته ، فالمرأة هنا لاتحتاج إلى إثبات للاكتفـاء بقـول المرأة نفسها ، لأن الحمـل المفضـي إلى الـولادة ثـابت بظهـور أمارتـه أو الاعـتراف بـه فيثبت ما يفضي إليه وهو الولادة بمجرد أن تخبر المرأة بهذا .

وإذا كان الحمل غير ظاهر ولم يتم الاعتراف به ففي هذه الحالة لا يكفي قـول

---

(١) فتح القدير ٣٠٦/٣ - ٣٠٩ ، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٦٧٨/٧ ، أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٧٠٠ .

المرأة ، بل لابد من بينة للإثبات وتكفي شهادة المرأة الواحدة بشرط أن تكون من أهل العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد : بأن الولادة لاتثبت في جميع الحالات إلا بشهادة امرأة من أهل العدالة سواء أكان الحمل ظاهراً أم لا اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أم لا ، لأن الرجل هنا أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى إثبات ، وشهادة المرأة المقبولة كافية ، لأن الولادة من الأمور التي لايطلع عليها الرجال ، وقد ثبت أنه – صلى ا لله عليه وسلم – " أجاز شهادة القابلة " .

ومعلوم أن الأطباء في زمننا هذا يقومون بعملية الولادة فيكفي شهادة الطبيب الذي باشر هذه الولادة أو أي رجل آخر شاهد الولادة .

٢– وإن كانت معتدة من طلاق رجعي :

فإن كانت الدوة بأنها حصلت – الولادة – بعد مضي سنتين أو أكثر من وقت الطلاق ولم تكن قد أقرت بانقضاء العدة هنا يكون الحكم مثل الحكم في حال قيام الزوجية ، لأن عدم الإقرار منها بانتهاء العدة ثم مجيء الولد بعد سنتين هذا يدل على الاتصال الذي حدث بينها وبين زوجها وهي مازالت في العدة . والحنفية يجيزون ذلك .

أما إذا كانت دعو الولادة قبل مضي سنتين ففيها رأيان :

رأي يجعلها مثل الزوجة ، والرأي الآخر يجعلها كالمعتدة من طلاق بائن – والمعتدة من طلاق بائن وكذلك المعتدة من وفاة لابد من شهادة كاملة – وهو الأرجح لأن ادعاءها الوضع قبل مضي سنتين اعتراف منها بانقضاء عدتها فتكون كالمبتوتة ، وكانت الحاجة هنا إلى الشهادة الكاملة ، لأن الشهادة وإن كانت لاثبات الولادة إلا

أنها سيترتب عليها ثبوت النسب من الزوج المطلق أو المتوفى ، وثبوت النسب لابد فيه من حجة كاملة لأن المرأة بعد الولادة تكون مقرة بانقضاء عدتها ، وبانقضائها تصير أجنبية ، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة .

وأما الاختلاف بين الزوجين في تعيين المولود : فهو أن يعترف الزوج بالولادة ، ولكنه اختلف معها في نوع المولود ، فيقول الزوج : إنها ولدت أنثى ، وهي تدعي أنها ولدت ذكرا ، فيتعين المولود بشهادة أمراة واحدة وهذا باتفاق عند الحنفية وهو رأي للحنابلة أيضا . وهذا للحديث السابق الذي أجاز فيه النبي - صلى الله عليه وسلم - شهادة القابلة ، ولما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري قال : [مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن] [1] .

وقال المالكية : تعيين المولود كالولادة لاتثبت إلا بشهادة امرأتين .

أما الشافعية : فقد قالوا بأن أمور النساء لايكفي فيها أقل من أربع نسوة ، لأن الله عزوجل جعل مكان الرجل الواحد شهادة امرأتين .

إثبات نسب الولد بالقيافة :-

المعتدة ممنوعة من الزواج بآخر طالما كانت في عدتها ، ولكن إذا تزوجت بهذا الآخر وهي في هذه العدة ، ثم أتت بولد من الجائز أن يكون منهما ، فمن الذي يلحق به ؟

---

(١) نصب الراية ٣/٢٦٤ .

وإذا ادعى رجلان أو ثلاثة لقيطا ، فمن الذي يحكم له به ؟ هل يمكن إثبات نسب الولد في هاتين الحالتين بالقيافة [1] أو بالقافة ؟

رأيان للفقهاء في الاعتماد على القافة [2] :

ذهب الحنفية إلى القول : بأن الأصل ألا يحكم لأحد المتنازعين في الولد ، إلا إذا كان هناك فراش [3] . لقوله – صلى ا لله عليه وسلم – [الولد للفراش] .

وذهب الجمهور – مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور ...] إلى القول بأنه يحكم بالقيافة بدليل قول عائشة – رضي ا لله عنها –: إن رسول ا لله – صلى ا لله عليه وسلم – دخل عليّ مسرورا ، تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى أن مُجَزِّزاً [4] نظر الى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض] [5] . ففي هذا دليل على العمل بالقافة [6] .

ثانياً : أسباب ثبوت النسب من الأب :

الولد يثبت نسبه من أمه عن طريق الولادة ، شرعية كانت أم غير شرعية ، أما أسباب ثبوت النسب من الأب فهي :

١- الزواج الصحيح .

٢- الزواج الفاسد .

---

(١) القيافة : تتبع الأثر ، والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه الناس .

(٢) نيل الأوطار ٢٨٢/٦ ومابعدها ، المغني ٤٨٣/٧ ، بداية المجتهد ٣٥٢/٢ .

(٣) الفراش : زوجة الرجل / القاموس .

(٤) مُجَزِّزًا : هو الرجل القائف وسمي بهذا لأنه جز نواصي قوم .

(٥) رواه الجماعة نيل الأوطار ٢٨٢/٦ .

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٠/٧ .

٣- الوطء بشبهة .

وسوف أتحدث عن كل سبب على حدة - بمشيئة الله تعالى - فيما يأتي :

١- الزواج الصحيح :-

اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تلده المرأة المتزوجة زواجا صحيحا فإنه ينسب إلى زوجها ، للحديث المتقدم : [الولد للفراش] والمراد بالفراش المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها . وذلك إذا تحققت الشروط الآتية [(١)] .

الشرط الأول : أن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل ، بأن يكون بالغا عند المالكية والشافعية ، ومثل ذلك عند الحنفية والحنابلة المراهق : وهو عند الحنفية من بلغ اثنتى عشرة سنة ، وعند الحنابلة : من بلغ عشر سنوات ، لهذا لايثبت النسب من الصغير غير البالغ ، حتى ولو ولدته أمه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج .

الشرط الثاني : أن تلد الزوجة لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج عند الحنفية ، ومن إمكان الوطء عند الجمهور ، فإن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر ، لايثبت نسبه من الزوج اتفاقا ، ودل هذا على أن الحمل به قد حدث قبل الزواج ، إلا إذا ادعاه الزوج ، ويحمل هذا الادعاء على أن حمل المرأة به قد حدث قبل العقد عليها ، إما بناء على عقد آخر ، وإما بناء على عقد فاسد أو وطء بشبهة ، مراعاة لمصلحة الولد ، وسترا للأعراض بقدر الإمكان .

---

(١) فتح القدير ٣/٣٠١ ، والدر المختار ٢/٨٥٧ ومابعدها ، المغني ٧/٤٢٨ ومابعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٦٨٢ ، ٦٨٣ ، أحكام الأسرة في الإسلام أ .د / محمد مصطفى شلبي ص ٧٠٤ - ٧٠٧ .

الشرط الثالث : إمكان التلاقي بين الزوجين بعد العقد ، وهذا شرط متفق عليه وإنما الخلاف في المراد به أيكون الإمكان والتصور العقلي ، أو الإمكان الفعلي والعادي ؟ .

ذهب الحنفية إلى القول : بأن التصور والإمكان العقلي شرط ، بمعنى أنه متى أمكن التقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج إذا ولدته هذه الزوجة لستة أشهر من تاريخ العقد ، حتى ولو لم يثبت التلاقي حسا فلو تزوج مشرقي مغربية ، ولم يحدث بينهما لقاء في الظاهر مدة سنة ، ثم ولدت ولدا لستة أشهر من تاريخ الزواج ، ثبت النسب لاحتمال تلاقيهما من باب الكرامة ، والكرامة ثابتة للأولياء ، فتكون الكرامة بقطع المسافة البعيدة في مدة قليلة ، ويكون الزوج من أهل الخطوة الذين تطوي لهم المسافات البعيدة ، وفي الحقيقة فإن هذا كلام لاشك أنه سوف يكون موضع غرابة في هذا الزمان الذي نعيش فيه . ولهذا أستطيع أن أعلل رأي الأحناف في هذا الموضوع وهو إثبات النسب من تاريخ العقد ، عملا بحديث [الولد للفراش] مع عدم تحقق إمكان الوطء أو الدخول ، وذلك من أجل الاحتياط للولد وعدم ضياعه وستر على العِرْض ، فمن أجل هذا أُلحق الولد بمن له زوجية صحيحة ، فإن تيقن الزوج أن الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان .

وذهب الأئمة الثلاثة ، إلى القول : باشتراط إمكان [التلاقي بالفعل أو الحس أو العادة وإمكان الوطء والدخول ، لأن الإمكان العقلي نادر ولا يصح أن يكون له دور في نطاق العقود الظاهرة والأحكام إنما تنبني على الكثير الغالب والظاهر المشاهد ، لا القليل النادر أو الخفي غير المحتمل عادة بمعنى لو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا ، لم يثبت نسب الولد من الزوج ، كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا في

بلد بعيد غيبة امتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل] ، لهـذا أخـذت القوانـين بهـذا الرأي ومن هذه القوانين مانص عليه مشروع قانون الامارات [في المـادة -١٧٣- وذلـك في الفقرة الأولى ونصها :

[يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح من الزوج بالشرطين الآتيين :

أ- أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل .

ب- ألا يثبت انتفاء إمكان التلاقي بين الزوجين بمانع حسي استمر من وقـت العقد إلى الولادة ، أو حدث بعده واستمر خمسة وستين وثلاثمائة يوم فأكثر .

وفي حال زوال المانع تحسب أقل مدة الحمل من تاريخ الزوال .

٢- ولا تعتبر الموانع الشرعية مانعا حسيا في هذا الصدد .

٣- وإذا انتفى أحد الشرطين السابقين لايثبت النسب إلا إذا أقر الزوج به] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعـاون في المـادة - ٧٣ - علـى الآتـي : [أ - الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج الصحيـح أقـل مـدة الحمـل ، ولم يثبـت عـدم إمكان التلاقي بين الزوجين] .

ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح :

الفرقة إما أن تكون قبل الدخول أو بعد الدخول :

أ - إذا حدث الطلاق قبل الدخول والخلوة ، ثم ولدت ولدا بعد الطـــلاق ، [فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر أو أكثر مـن تـاريخ الطـلاق ، ثبـت نسـبه مـــن الزوج ، للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة .

وإن أتت به بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق ، فلا يثبت نسبه من الزوج ، لأنه لاتيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة .

ب- وإذا حدث الطلاق بعد الدخول أو الخلوة ، سواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا أم مات عنها] .

فإذا جاءت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة ، ثبت نسبه من الزوج ، إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة وأقصى مدة تحمل هي – كما سبق – سنتان عند الحنفية ، وخمس سنوات في المشهور عند المالكية ، وأربع سنوات عند الشافعية والحنابلة .

أما إذا ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفي . وهذا ماذهب إليه الجمهور .

ذهب الحنفية إلى التفريق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، فقالوا :

[أ- إن كان الطلاق رجعيا ، ولم تقر المرأة بانقضاء عدتها ، ثبت نسب الولد من الزوج ، سواء أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو بعد مضي سنتين أو أكثر ، لأن الطلاق الرجعي لايحرم المرأة على زوجها ، فيجوز له الاستمتاع بها ويكون ذلك رجعة] .

فإن أقرت بانقضاء العدة ، والمدة تحتمل انقضاءها ، بأن كانت ستين يوما عند أبي حنيفة ، وتسعة وثلاثين يوما عند الصاحبين ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها . فإن كانت ستة أشهر فأكثر ، فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادعاه .

ب- وإن كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج ، ولم تقر بانقضاء العدة ، فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، لأن أقصى مدة الحمل عندهم سنتان . فإن أتت به في هذه المدة ، وكان هناك احتمال بأنها حملت به من الزوج قبل الطلاق أو الوفاة ، فيثبت نسبه منه . وأما إن أتت به بعد مضي هذه المدة ، لم يكن هناك احتمال بأنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة .

أما إن أقرت بانقضاء العدة ، والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها ، فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا جاءت به قبل مضي ستة أشهر من وقت الإقرار ، وكانت المدة بين الطلاق والولادة أقل من سنتين [(١)] .

ولقد نص مشروع قانون الامارات في المادة - ١٧٤- على الآتي :

١- ((للمعتدة من وفاة أن تعلن عن حملها خلال أربعة أشهر قمرية وعشرة أيام من تاريخ الوفاة ، وذلك بإخطار تقدمه إلى النيابة العامة المختصة ، وعلى النيابة في هذه الحالة أن تحيلها إلى لجنة طبية حكومية للتحقق من وجود الحمل ، وتقدير عمره التقريبي إن وجد ، ثم تحيل النيابة العامة الأوراق بعد ذلك مشفوعة برأيها إلى المحكمة المختصة لتحكم بثبوت الحمل من عدمه ، بعد سماع أقوال ذوي الشأن ، فإذا حكمت المحكمة بثبوت الحمل عينت عليه وصيا ، وفي هذه الحالة يثبت نسب الولد من أبيه أيا كانت المدة التي ولد بعدها .

٢- للمعتدة من طلاق رجعي أو بينونة ، أن تعلن عن حملها بالطريقة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٤/٧ - ٦٨٦ .

المشار إليها في الفقرة السابقة ، وذلك خلال مدة العدة المقررة لمثيلتها ، وفي هذه الحالة تتخذ بشأنها الإجراءات سالفة الذكر ، فإن ثبت وجود الحمل على الوجه المتقدم ، ولم تكن قد تزوجت ، أو وطئت بشبهة ، ثبت نسب الولد أيا كانت المدة التي ولد بعدها)).

أما المادة – ١٧٥– فقد نصت على أنه [في جميع الأحوال المنصوص عليها في المادة السابقة إذا لم تعلن المعتدة عن حملها على الوجه المتقدم ، ثبت نسب الولد إذا ولد خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من تاريخ الفرقة .

وفي الحوادث التي وقعت قبل العمل بهذا القانون يطبق أنسب الآراء من مذهب الإمام مالك بحسب الأحوال] .

وقد نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة – ٧٣ – فقرة (أ) ((على أن الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل ، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين)) .

أما الفقرة (ب) يثبت نسب المولود في العقد الفاسد إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء ومثله الوطء بشبهة)) .

ونصت المادة –٧٤ – ((على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة)) . وبهذا يتضح أن المعنى واحد في المشروعين .

٢- الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد لايترتب عليه أي أثر شرعي من آثار الزواج الصحيح قبل الدخول أما بعد الدخول فيترتب عليه آثارا أربعة – كما سبق – ومن هذه الآثار ثبوت

النسب ، لأن النسب يحتاط في إثباته من أجل الولد والحفاظ عليه ، ويشترط لثبوت هذا النسب ثلاثة شروط :

١- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل : بأن يكون بالغا أو مراهقا عند الحنفية والحنابلة ، أو بالغا عند المالكية والشافعية .

٢- تحقق الدخول عند الحنفية فقط ، بمعنى أن الخلوة لاتكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد ، أما عند المالكية فيثبت النسب بالدخول أو الخلوة ، لأن الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح ، من حيث إمكان الوطء في كل منهما . بخلاف الحنفية فقد قالوا بأن الخلوة لاتكفي في إثبات النسب بالزواج الفاسد ، لأنه لايحل فيها الوطء بين الرجل والمرأة .

٣- أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول عند الحنفية ، أو من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية . فإذا ولدت المرأة ولداً قبل مضي ستة أشهر من الدخول والخلوة عند المالكية لايثبت نسبه من الرجل ، لأنه يدل على وجوده قبل ذلك وأن هذا الولد من رجل آخر .

ولا ينتفي نسبه عن هذا الرجل إلا باللعان ، عند المالكية والشافعية والحنابلة وعند الحنفية لاينتفي نسبه ولو باللعان لأن اللعان لايصح عند الحنفية إلا بعد زواج صحيح ، والزواج هنا فاسد [١] .

ولقد نصت المادة - ٤١- من مشروع قانون الامارات على هذه الآثار التي

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته د / وهبه الزحيلي ٦٨٦/٧ - ٦٨٧ ، أحكام الاسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٧٠٨ .

تترتب على الدخول في الزواج الفاسد أما المادة -١٧٦- من هذا المشروع فقد نصت على الشروط التي يجب توافرها لثبوت هذا النسب في فقرات ثلاث وهي :

أ- ((يثبت نسب الولد في الزواج الفاسد ، من الرجل إذا جاءت به المرأة قبل المتاركة أو التفريق لمائة وثمانين يوما فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقي)) .

ب- ((وإذا جاءت به بعد المتاركة والتفريق تطبق عليه نسب ولد المعتدة)) .

جـ - ((وفي جميع الأحوال التي يثبت فيها نسب هذا الولد ، لايتوقف ثبوته على دعوى من أبيه)) .

ومعنى هذا : ((أن نسبه يثبت إذا ولد بعد المفارقة في خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من تاريخ الفرقة ، وذلك حسب نص المادة - ١٧٥ -)) .

متى يثبت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد ؟ :

إذا كانت الفرقة بعد زواج فاسد بالمتاركة أو تفريق القاضي بعد الدخول ، أو الخلوة عند المالكية ، ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ، ثبت نسبه من الرجل . وإن كانت الولادة بعد مضي أقصى مدة الحمل لايثبت نسب هذا الولد منه .

وأقصى مدة للحمل - كما سبق - سنتان عند الحنفية وخمس سنين عند المالكية ، وأربع سنين عند الشافعية والحنابلة .

٣- **الوطء بشبهة** : مثل وطء امرأة يجدها على فراشه ، فيظنها زوجته . ومثل وطء المطلقة ثلاثا أثناء العدة ، وهو يعتقد أنها تحل له .

فإذا أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ، ثبت نسبه من الواطىء لتأكد أن الحمل منه . أما إذا أتت به قبل مضي ستة أشهر لايثبت النسب منه ، لأنه من المؤكد أن الحمل حدث قبل ذلك ، إلا إذا ادعاه ثبت نسبه منه ، لأنه ربما يكون قد تم الوطء قبل ذلك بشبهة أخرى [1] .

وإذا ترك الرجل الموطؤة عن شبهة ، ثبت النسب من الواطىء كما يثبت بعد الفرقة من زواج فاسد . أما الوطء بغير شبهة وإنما بالزنا ، لايثبت نسب الولد من الزاني للحديث المتقدم ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) ولأن الزنا كبيرة من الكبائر فلا يكون سببا لنعمة النسب .

ولقد أشارت المادة – ١٧٨ – من مشروع قانون الامارت إلى هذا ، فقد جاء بها أن [المعتدة من طلاق بائن أو فسخ إذا وطئت بدون عقد ممن تعتد له غير عالم بالحرمة ،وجاءت بولد يثبت نسبه طبقا لأحكام ثبوت النسب في الزواج الفاسد] وهذا مما يدخل في الوطء بشبهة الذي نصت عليه المادة – ١٧٩ – من هذا المشروع ، ونصها : ((من وطيء امرأة على فراشه يظنها زوجته ، فجاءت بولد لمائة وثمانين يوما فأكثر من وقت الوطء ثبت نسبه منه بدون دعوى على أن تلده خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من وقت الوطء ، وعلى ألا يطأها غيره بشبهة بحيث يمكن مجيء الولد منه)) .

---

(١) المغني ٤٣١/٧ ومابعدها الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٨/٧ .

ثالثاً : طرق إثبات النسب :

إثبات النسب يكون بأحد أمور ثلاثة وهي [1] .

١- الزواج الصحيح أو الفاسد .

٢- الإقرار بالنسب .

٣- البينة .

الطريق الأول : الزواج الصحيح أو الفاسد :-

الزواج الصحيح أو الفاسد كل منهما يكون سببا - كما سبق - لإثبات النسب ، وطريق لثبوته في الواقع - وهذا بخلاف الزواج الباطل فلا يكون سببا من أسباب النسب كالزنا - فإذا ثبت الزواج الصحيح أو الفاسد بوسيلة من وسائل الإثبات المقررة فقهيا كالشهادة أو الإقرار ، ثبت نسب هذا الولد الذي ولد من هذه المرأة بسبب هذا الرجل إذا توافرت شروط إثبات النسب - السابقة - ويستوي في هذا الحكم الزواج الذي وثق في الوثيقة الرسمية الخاصة بهذا ، والزواج العرفي ، وهو زواج شرعي تتوافر فيه كل الشروط الشرعية غير أنه لم يوثق في هذه الوثيقة .

وقد نصت المادة - ٧٢ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون على ثبوت النسب بما يأتي :

[لايثبت النسب إلا بالفراش ، أو بالاقرار أو بالبينة] .

---

(١) البدائع ٢١٥/٣ - ٢١٨ ، الخرشي ٣١٦/٤ ، مغني المحتاج ٢٥٩/٢ ، المغني ١٨٤/٥

الطريق الثاني : الإقرار بالنسب :-

هذا الإقرار يتنوع إلى نوعين : إقرار على نفس المقر ، وإقرار فيه تحميل على الغير .

أما الأول : وهو الإقرار على نفس المقر : فهو أن يقر الأب بالولد أو الابن بالوالد ، كأن يقول : هذا ابني ، أو هذا أبي ، وهذه أمي . وهذا الإقرار يصح من الرجل ولو كان في مرض الموت بالشروط الآتية :

١- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب (١) . حتى يمكن إثبات بنوته للمقر ، لأن الإقرار بالنسب لايصح إذا كان له نسب معروف ، لأن الشخص لايكون له أبوان ، ونسبه الثابت قبل الإقرار لايقبل الفسخ وكذلك لايقبل التحويل .

كما يلاحظ أن ولد المتلاعنين وإن حكم بنفي نسبه من الزوج الملاعن إلا أنه يعتبر في حكم الذي ثبت نسبه لهذا فإن نسبه لايثبت باقرار غير الملاعن لجواز أن يكذب الملاعن نفسه فيثبت نسبه منه ،ولأن القبول لهذا الاقرار تسجيل للفاحشة على المرأة .

٢- [أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد لمثل المقر بأن تكون سنهما تحتمل ذلك فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين بحيث لايولد أحدهما للآخر لم يصح الإقرار ، لأن الواقع يكذبه في هذا الاقرار] (٢) .

---

(١) مجهول النسب هو الشخص الذي لايعلم له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن وجد في بلد آخر

(٢) فمن قال لغلام : هذا ابني والغلام سنه عشر سنوات ، وسن المقر عشرين سنة ، لايؤخذ بهذا الإقرار عند الحنفية : لأن الغلام لايولد له في رأيهم قبل أن يبلغ سن الثانية عشرة .

وكذلك إذا نازع المقر منازع آخر غيره ، لايثبت نسب هذا الولد ، لأن منازعة الغير فيه تؤدي إلى التعارض بين الإقرارين ،فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

٣- أن يصدق المقر له المقر في هذا الإقرار إن كان أهلا للتصديق ، وهو البالغ العاقل عند الجمهور ، والمميز عند الحنفية ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، فلا تتعداه إلى غيره إلا ببينة ، أو تصديق من الغير .

فإن كان المقر له غير أهل للتصديق (١) . ثبت النسب (٢) . دون حاجة إلى تصديق ، لأن من ليس أهلا للتصديق فعبارته غير معتبرة ، ولأن هذا الإقرار - من جهة أخرى - فيه فائدة أدبية لهذا الصغير من حيث إثبات نسبه بعد أن كان مجهولا ، وكذلك فائدة مادية في غالب الأحيان لحاجته إلى من يقوم بمصالحه والإنفاق عليه ، ولو كان أهلا لهذا التصديق لبادر إليه مالم يمنعه مانع من ذلك (٣) .

٤- ألا يكون في هذا الإقرار حمل النسب على الغير : ويستوي في هذا تكذيب المقر له أو تصديقه لأن الإقرار من الإنسان إنما هو حجة قاصرة عليه ، لاعلى غيره ، لأنه على غيره شهادة أو دعوى ، وشهادة الفرد فيما لايطلع عليه الرجال غير مقبولة ، والدعوى المفردة ليست بحجة .

وبناء على ذلك إذا كان المقر ببنوة الغلام زوجة أو معتدة فيشترط مع ماذكر أن

---

(١) بأن كان صغيراً أو مجنونا .

(٢) يشترط في ثبوت النسب في هذه الحالة التي لايشترط فيها المصادقة : أن لايكون هناك منازع للمقر في ادعائه بهذه البنوة ، فإن نازعه مدع آخر حكم لصاحب البينة منهما ، فإن لم تكن لهما بينة ينظر إذا كان لأحدهما مايرجح فإن كان حكم لصاحبه وإن لم يكن نسب إليهما عند الحنفية في الحقوق المالية .

(٣) أحكام الاسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٧١٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩١/٧

يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا ، أو أن تثبت ولادة هذا الغلام من ذلك الزوج ، لأن فيه تحميل النسب على الغير ، فلا يقبل إلا بتصديقه أو ببينة .

ويبطل هذا الإقرار إن كان عن طريق الزنا ، بأن يقر أن هذا الولد ابنه من الزنا ، لأن الزنا كبيرة من الكبائر - لايصلح أن يكون سببا لإثبات النسب الذي هو نعمة من نعم الله تعالى التي امتن الله بها على عباده يقول سبحانه : ﴿ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ﴾ [1] .ويقول رسول الله- صلى الله عليه وسلم - [الولد للفراش وللعاهر الحجر] .

ولأن المقر ليس لزاما عليه أن يبين السبب [2] .لهذه البنوة إذا لم يصرح بهذا ، لأن الأصل حمل حال الناس على الصلاح حتى يثبت عكس ذلك ، ولأنه لو صرح بالسبب وكان من زواج صحيح أو فاسد كان هذا النسب ثابتا بالفراش بعد إثباته لا بالإقرار المجرد .

<u>وذهب الحنفية</u> إلى اشتراط حياة الولد - أيضا - لصحة الإقرار بالنسب ، فلو أقر شخص بأن فلانا ابنه ، وكان المقر له بالبنوة ميتا ، لم يصح هذا الإقرار ، ولا يثبت به النسب ، لأنه لا حاجة بعد الوفاة لإثبات النسب ، حيث لايحتاج الميت إلى تكريم ولا تشريف . ولكن استثنى الحنفية من ذلك ما إذا كان للابن المتوفي أولاد ، فإن الاقرار بنسبه بعد وفاته ، يكون صحيحا ، وذلك من أجل رعاية ومصلحة هؤلاء الأولاد ، لأنهم يحتاجون إلى ثبوت نسب أبيهم ، وفي ثبوت نسبه شرف لهم وتكريم .

---

(١) النحل / ٧٢ .

(٢) المالكية : يقولون بوجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر الحال يكذبه مثل أن يكون المقر عقيما لايستطيع انجاب الأولاد أو يكون المقر له بالبنوة لقيطا

أما المالكية : فإنهم لم يشترطوا حياة الولد المقر به ، لأن النسب حق للولد على أبيه ، لهذا لايتوقف إثباته على حياة الولد ، كما هو لايتوقف على تصديقه ، إلا أن الأب لايرث الابن الذي استلحقه إلا إذا كان له ولد ، أو كان المال قليلا ، حتى لا يؤدي هذا لاتهام الأب بأن اقراره لأجل أخذ المال الكثير .

وأما الثاني : وهو اقرار الشخص بالنسب على الغير ، وهو الاقرار بفرع النسب كالإقرار بالأخوة والأعمام والأجداد وأولاد الأولاد .

كأن يقول شخص : هذا أخي كان إقرارا بالنسب على أبيه ، لأن معناه هذا ابن أبي ، وإذا قال : هذا عمي كان إقراراً بالنسب على جده ، لأن معناه هذا ابن جدي ويصح بالشروط السابقة ، ولكن يزاد علها شرط آخر ، وهو تصديق الغير ، فمن قال: هذا أخي فإنه يشترط لثبوت نسبه عند الحنفية أن يصدقه أبوه فيه ، أو تقوم البينة على صحة الإقرار ، أو يصدقه اثنان من الورثة إن كان الغير ميتا ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لولايته على نفسه دون غيره . فإن لم يصدقه الغير أو لم يصدقه اثنان من الورثة ، أولم تقم بينة على صحة الإقرار ، يعامل المقر بمقتضى إقراره في حق نفسه ، فتجب عليه نفقة المقر له إن كان عاجزا فقيرا ، وكان المقر موسرا ، ويشارك المقر له المقر في حصته التي يرثها من تركة أبيه ، هذا ماذهب إليه الحنفية .

وذهب المالكية إلى القول : بأن المقر له بالأخوة يأخذ المقدار الذي نقص من حصة المقر بسبب إقراره .

فإذا أقر ولد بأخوة آخر ، وأنكره الولد الآخر ، المنكر هنا يأخذ نصف التركة ، وشارك المقر له المقر في النصف الآخر عند الحنفية .

وأما المالكية : فيأخذ المنكر عندهم نصيبه كاملا ، ويأخذ المقر له مانقص من نصيب المقر على فرض أن التركة توزع على ثلاثة .

فلو كانت التركة ١٢ درهما مثلا أخذ المقر له عند الحنفية ٣ دراهم كنصيب المقر ، وعند المالكية أخذ درهمين ويكون للمنكر ٦ ، وللمقر ٤ لأن التركة توزع على ثلاثة ، ففي حال عدم وجود المقر له يكون للمقر ٦ ، وفي حال وجوده يكون له ٤، فما نقص من نصيبه وهو ٢ يأخذه المقر له .

وإذا صح الإقرار بالنسب لأي شخص كان ، شارك الورثة في الميراث . وإن لم يصدقه الغير ، ومات المقر ، ورث منه المقر له ، كباقي ورثته .

الفرق بين الإقرار بالبنوة والتبني :

الإقرار بالبنوة هو اعتراف بنسب حقيقي لشخص مجهول النسب ، فهو يعترف بالبنوة لهذا الولد الذي كان ماؤه سببا في وجوده ، فيكون ابنا له ثابت النسب منه ، وليس هناك فرق بينه وبين ابنه الثابت نسبه بالفراش إلا في طريق الاثبات ، بمعنى أن الحقوق الثابتة للأبناء الذين هم عن طريق الفراش ، تثبت لهذا الذي ثبتت بنوته بالإقرار ، من نفقة وإرث وحرمة مصاهرة ، واحتمال أنه كاذب في الواقع لايلتفت إليه ، لأنه لايوجد ما يثبت كذبه ، والظاهر يصدقه ، والله سبحانه يتولى سرائره .

أما التبني فهو أن يلحق شخص ولدا معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط مع التصريح أنه يتخذه ولدا له مع أنه ليس ولدا له في الحقيقة [1] .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد مصطفى شلبي ص ٧٢٣ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩٠/٧ - ٦٩٦ .

وهذا ماكان في الجاهلية ، وفي صدر الاسلام ، وكانوا يجعلونه كالابن الحقيقي يأخذ أحكامه من النفقة والميراث وتحريم زوجته على متبنيه . ولكن الاسلام أبطل هذا يقول سبحانه : ﴿ **وما جعل أدعيائكم أبنائكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، وا لله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند ا لله فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم وكان اللـه غفورا رحيما** ﴾ (١) ويقول سبحانه ﴿ **فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لايكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا وكان أمر ا لله مفعولا** ﴾ (٢) .

الطريق الثالث : البينة :

كما يثبت النسب بالإقرار بشروطه – كما سبق – يثبت كذلك بالبينة ، بل هي أقوى من الإقرار ، لأن البينة حجة متعدية إلى الغير ، والاقرار – كما سبق – حجة قاصرة تقتصر على المقر لاتتعداه إلى غيره .

ولذلك لو تعارض إقرار وبينة في دعوى النسب كان الترجيح لصاحب البينة .

فإذا كان هناك ولد لايعرف له نسب فجاء رجل وادعى نسبه ، وتوفرت شروط الإقرار – السابقة – ثبت نسبه بذلك الإقرار ، ثم جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بينة صحيحة على بنوته له كان أحق به من المقر ، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد فاحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه (٣) .

---

(١) الأحزاب / ٤ ، ٥ . (٢) الأحزاب / ٣٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٥٤/٦ ، أحكام الأسرة في الإسلام ٧٢٤ – ٧٢٥ .

والبينة التي يثبت بها النسب هي : شـهادة رجلـين أو رجـل وامرأتـين عنـد أبي حنيفة ومحمد وشهادة رجلين فقط عند المالكية ، وجميـع الورثـة عنـد الشـافعية والحنابلة وأبي يوسف .

والشهادة تكون عن معاينة الشهود للمشـهود عليـه – وهـذا هـو الأصـل – أو سماعه به ، بمعنى إذا رأى الشاهد أو سمعه بنفسه ، جاز له أن يشهد ، وإذا لم يـره أو يسمعه بنفسه ، لايحل له أن يشهد ، لقوله– صلى ا الله عليه وسلم – لشاهـــــــد [ترى الشمس ؟ قال نعم ، فقال : على مثلها فاشهد أو دع] [1] .

الشهادة بالتسامع لإثبات النسب :

التسامح : اشتهار الخبر بين الناس ، وفقهاء المذاهب الأربعة أجـازوا إثبـات النسب بشهادة السماع ، وكان هذا موضع اتفاق بينهم ، كما هـو الشـأن في الـزواج أو الزفاف والدخول بالزوجة والرضاع والولادة والوفاة [2] .

ودليل الفقهاء – رحمهم ا الله تعالى – على هذا أن هذه الأمـور لايطلـع عليهـا إلا خاصة الناس ، فإذا لم تجز الشهادة فيها بالسماع ، أدى هذا إلى الحرج ، وكذلك يؤدي الى تعطيل الأحكام المترتبة عليها كالإرث وحرمة الزواج .

وبعد اتفاقهم على هذا ، اختلفوا في بيان المراد من التسامع :

فقال ابوحنيفة : هو أن تتواتر به الأخبار ليحصل للسامع نوع من اليقين .

وقال الصاحبان : هو أن يخبر الشاهد رجلان عدلان أو عدل وامرأتان .

---

(١) رواه البيهقي والحاكم وصحح إسـناده ، وتعقبـه الذهبي فقـال : بـل هـو حديـث واه – سـبل السـلام ١٣٠/٤ – .

(٢) المبسوط ١١١/١٦ ، الدسوقي ١٩٨/٤ ، مغني المحتاج ٤٤٨/٤ ، المغني ٩ / ١٦١ .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن يكون المنقول عنه غير معين ولا محصـور ، بمعنى أن ينتشر المسموع به بين الناس العدول وغيرهم . واشترطوا أن يقـول الشـهود : سمعنا كذا ونحوه .

وذهب الشافعية في الأرجح عندهـم ، والحنابلـة في الأصح إلى القـول : بمثـل قول أبي حنيفة : وهو سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم – أي توافقهم – على الكذب ، بحيث يحصـل بـه العلـم أي اليقـين – أو الظـن القـوي بخـبرهم . ولا يكفي الشاهد بالاستفاضة أن يقول : سمعت الناس يقولون كـذا ، وإن كـانت شـهادته مبنية عليها ، بل يقول أشهد أنه لـه ، أو أنـه ابنـه مثـلا ، لأنـه قـد يعلـم خـلا ف ماسمع من الناس .

الإقرار بنسب اللقيط : [1]

اللقيط : مولود حي نبذه أهلـه لأي سـبب مـن الأسـباب . كخـوف الفقـر أو الفرار من تهمة الزنا أو خلاف ذلك .

حكم التقاطه : والتقاط اللقيط مندوب إليه شرعا يأخذ فاعله الأجر على ذلك إذا وجد في مكان لايغلب على الظن هلاكه لو ترك ، ولكن إذا ترجح الظن أنـه هـالك لو ترك كان التقاطه فرضا على من يـراه بحيـث يـأثم إذا تركـه لأنـه مخلـوق ضعيـف لاحول له ولا قوة ولم يقترف إثما يستحق عليه الإهمال ، وإنما الإثـم يكـون علـى مـن تسبب في وجوده من طريق غير مشروع ، أو من تركه في هذا المكان لسبب آخر .

من الأحق به ؟ : الذي يلتقطه هو أحق الناس به وبحفظه ، لأنه هـو الـذي

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٢٩ - ٧٣٢ .

تسبب في إحيائه ، وليس للحاكم ولا لغيره أن يأخذه منه جبرا عنه إلا إذا تبين أنه ليس أهلا للقيام برعايته .

وإذا التقطه أكثر من واحد وحدث التنازع من أجله فالأولى به أرجحهم بالاسلام أو القدرة على حفظه وتربيته ، فإن تساووا وضعه القاضي عند أصلحهم رعاية لشئونه في نظره .

ولقد حرم الإسلام التبني – كما سبق – ولكنه قد اهتم باللقيط : لهذا أوجب التقاطه وحرم إهماله وتضييعه ، واعتبره مسلما حرا إذا وجد في دار الإسلام أو التقطه مسلم من أي مكان .

فإذا التقطه ذمي من مكان خاص بهم كان على دين من التقطه عملا بهذه القرائن التي ترجح ولادته لغير المسلمين .

ومع اعتباره مسلما لوجوده في دار الإسلام لو ادعى ذمي أنه ابنه وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وكان على دينه إعمالا للبينة ، لأن الأصل أن من يولد في دار الإسلام يصبح مسلما تبعا للدار إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك أما إذا لم يستطع إقامة البينة وتوفرت شروط الإقرار بالنسب ثبت نسبه من ذلك الذمي وكان مسلما تبعا للدار ، لأن الإقرار حجة قاصرة – كما سبق – فيعمل به – في ثبوت النسب وتبقى التبعية للدار لايعارضها شيء عند الحنفية .

نسب اللقيط : إذا ادعى شخص بنوة اللقيط ثبت نسبه منه دون حاجة إلى بينة إذا توفرت شروط الإقرار السابقة . يستوي في ذلك الذي التقطه وغيره ، ويصبح بعد ذلك ابنا حقيقيا له .

ولكن إذا ادعى بنوته أكثر من واحد وكان منهم الملتقط رجح الملتقط إلا إذا

أقام غيره بينة على دعواه لأن البينة أقوى من الإقرار .

وإذا ادعاه اثنان ليس منهما الملتقط رجح أسبقهما دعوى إلا إذا أقام المتأخر البينة ، وإذا لم بسبق أحدهما الآخر رجح من أقام بينة .

فإن لم تكن لهما بينة أو أقام كل منهما بينة رجح من ذكر علامة مميزة فيه لأنه بذلك يكون قد سبقت يده إليه ، فإن تساويا ولا مرجح لأحدهما فلأجل المحافظة على النسب من الضياع ينسب إلى كل منهما وإن كان الواقع أنه ليس ابنا لهما معا ، ولكن معاملة لهما باقرارهما ، فيثبت له على كل منهما الحقوق الواجبة على الآباء للأبناء من النفقة وغيرها ، ويكون له حق الإرث من كل منهما ميراث ابن كامل ، ولو مات اللقيط ورثا منه ميراث أب واحد يقسم بينهما بالسوية [١] .

وإذا ادعت المرأة بنوة اللقيط : فإن كان لها زوج وصدقها أو شهدت القابلة بولادتها أو أقامت بينة على ذلك صحت دعواها وثبت نسبه منهما . وإن لم يكن لها زوج فلا يثبت نسبه منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين من أهل الشهادة عند الحنفية .

والفرق بينها وبين الرجل في قبول دعوته بدون بينة في حين أن دعواها لاتقبل إلا ببينة. أن النسب حينما يثبت للرجل المدعي يكون في هذا دافعا للعار عن اللقيط حيث ينتسب إلى أب معروف ، وهذا لايوجد في دعوى المرأة ، لأنه ينسب إليها في

---

(١) هذا ما ذهب إليه الحنفية ، وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول : بأنه لايثبت نسبه من كل منهما ، وإنما : يرجع في ذلك إلى القائف وهو الذي يعرف الشبه فيقول : إن هذا الولد يشبه هذا الرجل . وهو : أقرب إلى القبول من قول الحنفية : الذين لم يأخذوا بالقرعة ولا بشهادة القائف مستندين إلى ما أثر عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال في مثل هذا : [إنه ابنهما يرثهما ويرثانه] بدائع الصنائع ٦ / ٢٠٠ .

كل حال بمعنى إذا كانت قد أتت به من طريق مشروع أو غير مشروع .

[وقد تحدثت المواد - ١٨٥ ، ١١٨٦، ١٨٧- من مشروع قانون الامارات عن نظام الإقرار بالنسب والتبني وهو ما أشرت إليه سابقا ، وقد أوضحت المادة - ١٨٦- أن النسب إذا ثبت بالاقرار الصحيح الذي توافرت شروطه لايقبل النفي بعد ذلك وتترتب عليه جميع أحكام النسب المعروف .

ولقد أشارت الفقرة الأولى من المادة - ١٨٧ - على حق المرأة في الإقرار - كما هو حق للرجل - إذا توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد .

أما الفقرة الأولى من المادة - ١٨٨- فقد نصت على [أنه لايثبت النسب بالتبني ولو كان الولد المتبني مجهول النسب] .

ونصت الفقرة الثانية [بأنه لايثبت نسب ولد الزنا من الزاني إلا إذا أقر به غير معترف بأنه من الزنا] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون قد نص في المادة - ٧٥- على موضوع الإقرار ، ونصها كما يأتي :

أ- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت يثبت به النسب بالشروط الآتية :

١- أن يكون المقر له مجهول النسب .

٢- أن يكون المقر بالغا عاقلا .

٣- أن يكون فارق السن بين المقر وبين المقر له يحتمل صدق الإقرار .

٤- أن يصدق المقر له إذا كان بالغا عاقلا ، المقر .

ب – الاستلحاق : إقرار بالبنوة صادر عن رجل بالشروط المذكورة في الفقرة السابقة .

وما جاء في المواد – ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ – لايختلف عما ذكره مشروع قانون الامارت .

وقد نصت المادة – ٧٩ – على أنه لاتسمع الدعوى من ورثة المقر بنفي النسب بعد ثبوته بالاقرار الصحيح .

وواضح أن هذا من باب الحرص على مصلحة هذا الولد الذي هو مجهول النسب ، فإثبات نسبه تشريف له ورفع لشأنه ، ولكن دعوى الورثة بنفي النسب فيه تهمة إبعاده عن الميراث لذلك لاتسمع دعواهم وإنما ترفض هذه الدعوى] .

" المبحث الثاني "
" فــــي الرضـــاع "

ويشتمل على الآتي :-

١- على من يجب الرضاع للرضيع ؟

٢- من التي تستحق أجرة على الرضاع ، ومتى تستحق ؟

٣- المدة التي تستحق فيها أجرة الرضاع .

٤- مقدار الأجرة ، وعلى من تجب ؟ [1] .

تمهيــد :-

سبق الحديث عن الرضاع من ناحية كونه سببا من أسباب التحريم في الزواج .

. وأما من ناحية كونه حقا للطفل ووجوبه له ، واستحقاق الأجرة عليه ، والمدة التي تستحق فيها الأجرة ، ومقدار هذه الأجرة ، وعلى من تجب ؟ فهذا هو الذي سوف أتحدث عنه – بمشيئة الله تعالى – في هذا المبحث .

---

(١) بدائع الصنائع ٤٢/٤ ، أحكام القرآن للجصاص ٤٠٤/١ ، بداية المجتهد ٥٧/٢ ، الشرح الصغير ٧٥٤/٢ ، مغني المحتاج ٤٥٠/٣ ، المغني ٦٢٧/٧ ، تفسير القرآن لابن كثير ٢٨٥/١ .

١- على من يجب الرضاع للرضيع ؟

اتفق الفقهاء – رحمهم الله تعالى – : على أن الرضاع واجب على الأم ديانة بمعنى أنها تسأل عنه أمام الله سبحانه وتعالى من أجل الحفاظ على حياة الولد ، سواء أكانت هذه الأم متزوجة بأبي الرضيع ، أم مطلقة منه وانتهت عدتها . ولكنهم اختلفوا في وجوبه عليها قضاء ، بمعنى هل يستطيع القاضي أن يجبرها عليه أم لا ؟ .

وسبب الخلاف يرجع إلى كيفية فهم المراد من قوله سبحانه : ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ، لمن أراد أن يتم الرضاعة ...**﴾ إلى قوله سبحانه ﴿ **وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف ، واتقوا الله واعلموا أن الله بما تعملون بصير** ﴾ [1] فالآية الكريمة تفتتح بجملة خبرية لكنها في معنى الأمر ، فنظرا لخبريتها تفيد أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ، ونظرا لمعنى الأمر فيها تفيد أنه واجب عليها لاتستطيع تركه إلا إذا منعها من ذلك مانع كمرض ونحوه ، ومن هنا كان اختلاف الفقهاء في وجوب الرضاع على الأم ، وفي هذا المعنى يقول القرطبي في تفسيره : [واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها واللفظ محتمل – ثم يبين مذهب إمامه مالك فيقول : ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد سار كالشرط إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط] .

ونظرة عامة في مذاهب الفقهاء يتضح منها على أنه واجب على الأم في بعض الحالات ، وغير واجب عليها في حالات أخرى ، مع اتفاق الجميع على أنه حق للأم لايزاحمها غيرها في استيفائه إذا أرادت مالم يكن في ذلك ضرر يلحق الرضيع أو الأب

---

(١) البقرة / ٢٣٣ .

لأن الأم أقرب الناس إلى وليدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عداه لأنه ينسجم مع جسمه الذي تغذى بدمها وهو جنين في بطنها . وفيما يلي بيان لهذه الآراء بإيجاز :

ذهب الحنفية : إلى القول : بأنه واجب عليها ديانة لاقضاء ، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر قضاء عليه إلا في حالات ثلاث .

١- إذا لم يوجد للطفل ولا لأبيه مال لاستئجار مرضعة ولم توجد متبرعة بإرضاعه .

٢- أن يتوقف إرضاعه عليها لعدم وجود مرضعة بأجر أو بغير أجر وإن كان للأب أو الابن مال .

٣- إذا كانت المرضعة موجودة ولكن الطفل لايقبل غير ثدي أمه .

ففي هذه الحالات يتعين على الأم الإرضاع وتجبر عليه قضاء حتى لايتعرض الطفل للهلاك .

وفي غير الحالات السابقة إذا قامت الأم بإرضاعه فبها ، وإن امتنعت عنه بدون عذر ظاهر لاتجبر عليه لأن الرضاع حق للأم كما هو للولد ،ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضي الإجبار عليه وهو المحافظة على حياة الطفل كما هو في الصور السابقة .

ومن جهة أخرى فمن المعلوم أن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها ، ولهذا فإنها لم تمتنع عن إرضاع ولدها إلا لعدم قدرتها على ذلك – في الغالب – فإجبارها حينئذ يلحق الضرر بها ، لأنها ستفعل مالا قدرة لها عليه أو تتضرر به ، وقد نفى ا لله عنها الضرر بسبب ولدها ﴿ **لاتضار والدة بولدها** ﴾ .

وفي هذه الحالة يتحتم على الأب أن يستأجر له مرضعا لأجل أن تقوم بإرضاعه من أجل الحفاظ عليه من الهلاك .

فإن لم يقم الأب باستئجار المرضعة كان للأم مطالبته بذلك أو بدفع أجرة الرضاع إليها لتقوم هي باستئجار المرضعة محافظة على الولد .

وذهب المالكية : إلى القول : بأنه واجب عليها قضاء إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي كما هو واجب ديانة لظاهر الأمر وهو يفيد الوجوب قضاء وديانة ، بمعنى أنها إذا امتنعت من إرضاعه بدون عذر، أجبرها القاضي إلا المرأة الشريفة لثراء أو حسب فلا يجب عليها الإرضاع إن قبل الولد الرضاع من غيرها أما إذا لم يوجد غيرها أو لم يقبل الولد ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه محافظة عليه من الهلاك حتى لو كانت مطلقة طلاقا بائنا ، ومعنى هذا فإن المطلقة طلاقا بائنا لايجب عليها الإرضاع لقوله سبحانه ﴿ **فإن أرضعن لكم ، فآتوهن أجورهن** ﴾ فهذه الآية واردة في المطلقات طلاقا بائنا .

وذهب الشافعية : إلى القول : بوجوب إرضاع اللِّبَأ : وهو اللبن الذي ينزل في أول الولادة ، لأن الولد يقوى ويشتد بنيته به ، ولا يجب عليها الإرضاع بعد ذلك ، يستوي في هذا أن تكون زوجة أو أجنبية إلا إذا تعينت بعدم وجود غيرها أو أن الطفل لم يقبل غير ثديها فيتعين عليها الإرضاع [1] .

٢- من التي تستحق الأجرة على الرضاع ، ومتى تستحق ؟ .

يقول الحنفية : إن التي تقوم بالإرضاع إما أن تكون الأم أو غيرها ، والأم إما أن تكون زوجة لوالد الرضيع أو معتدة منه بطلاق رجعي أو بائن ، أو تكون العدة قد انتهت .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٣٨ - ٧٤٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٩٨/٧ -- ٧٠٠ .

فإذا أرضعت الأم ولدها بنفسها أو بإجبارها على ذلك قضاء ، فهل ياترى تستحق أجرة على الرضاع ؟ في هذا الأمر تفصيل فيما يأتي [1] .

أ- **يقول الحنفية** : والشافعية والحنابلة : بأن الأم لاتستحق أجرة الرضاع في حال قيام الزوجية أوأثناء العدة من طلاق رجعي ، لأن الزوج هنا مكلف بالإنفاق عليها فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع ، حتى لايجتمع على الزوج واجبان : النفقة والأجرة في وقت واحد ، وهو غير جائزلكفاية النفقة الواجبة على الزوج .

وذهب المالكية : إلى الموافقة على هذا إذا كان الرضاع واجبا على الأم ، وهو الحالة الغالبة ، أما في حالة غير الوجوب كالشريفة القدر ، فإنها تستحق الأجرة على الرضاع .

ب - اتفقوا على أن الأم تستحق الأجرة على الرضاع بعد انتهاء الزوجية والعدة أو في عدة الوفاة ، لقوله سبحانه : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ فهي واردة في المطلقات ، ولأنه لانفقة للأم بعد الزوجية وكذلك في عدة الوفاة .

جـ - الأم تأخذ الأجرة على الرضاع إذا كانت في عدة من طلاق بائن عند بعض الحنفية ، وكذلك عند المالكية ، لأنها كالأجنبية ، لقوله سبحانه : ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ فقد أوجب سبحانه وتعالى للمطلقات بائنا الأجرة على الرضاع ، حتى لو كانت حاملا ولها النفقة ، لأن كلا من النفقة وأجرة الرضاع وجب بدليل خاص به ، فوجوب أحدهما لايمنع وجوب الآخر .

---

(١) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، الدر المختار ورد المحتار ٢/٩٢٩ ، أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٦٣ ، بداية المجتهد ٢/٥٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ٤/١٨٢٨ .

ولكن عند البعض الآخر من الحنفية : هو عدم الفرق بين عدة الرجعي والبائن ، فلا تستحق الأم أجرة الرضاع في الحالتين لوجوب النفقة لها مطلقا ، وهذا هو المعمول به في المحاكم المصرية ، للتيسير على الأب وعدم الإضرار به من جهة أخرى .

متى تستحق المرضع الأجر على الرضاع ؟

إذا كانت المرضع هي الأم فإنها تستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، ولا يتوقف هذا الحق على اتفاق بينها وبين الأب ولا على قضاء القاضي بذلك ، وهذا عند المالكية والحنفية كذلك ، وقيل – في رواية أخرى – عند الحنفية : من وقت طلبها الأجر ولا تسقط هذه الأجرة بموت الأب ، وتأخذ هذه الأجرة من ماله لأنها تصبح دينا في تركته ، كذلك لاتسقط بموت الرضيع .

وقد استحقت الأم الأجر بدون التوقف على اتفاق سابق لأن القرآن الكريم رتب الأجر على الارضاع في قوله سبحانه ﴿ **فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن** ﴾ . فقد أمرت الآية الكريمة بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيده بقيد آخر .

أما غير الأم فإنها لاتستحق الأجر بمجرد الإرضاع ، ولكنها تستحقه من وقت الاتفاق ، لأنها مستأجرة للإرضاع لهذا لاتستحق هذه الأجرة إلا من يوم العقد .

٣– مدة استحقاق هذه الأجرة : فقد اتفق الفقهاء على أن مدة استحقاق الأجرة على الرضاع هي سنتان فقط ، فمتى أكمل الطفل حولين كاملين ، لم يكن للمرضع الأم الحق في أن تطالب بأجرة الرضاع لقوله سبحانه ﴿ **والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ فظاهر من الآية الكريمة على أن

الأب يلزم بنفقة الرضاع في مدة سنتين فقط [1] .

وقد نصت المادة – ١٩٨– من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١– لايجب على الأم إرضاع ولدها ، إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأي سبب كان .

٢– وإذا امتنعت الأم عن إرضاع ولدها ولم يكن واجبا عليها ، فعلى أبيه أن يستأجر من ترضعه ، أو تقوم بتغذيته عند الأم] .

ونصت المادة –١٩٩– على : ((الأم أحق بإرضاع ولدها مالم تطلب أجرا على إرضاعه ورضيت غيرها بإرضاعه مجانا ، أو بأقل مما طلبته الأم فتقدم غيرها على أن ترضعه عند الأم)) .

أما المادة – ٦٣ – من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد جاء بها [أنه يجب على الأب تكاليف إرضاع ولده إذا تعذر على الأم إرضاعه ، ويعتبر ذلك من قبيل النفقة] .

وبهذا يتضح : أنه يجب على الأم إرضاع ولدها إلا عند تعذر إرضاعها له ، ففي هذه الحالة يجب على الأب تكاليف إرضاع ولده ، وبهذا يخالف مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة –١٩٨– من مشروع قانون الامارات التي لم توجب على الأم إرضاع ولدها .

٤– مقدار الأجرة وعلى من تجب ؟

الأجرة التي تستحقها الأم في الحالات التي تستحق فيها الأجر هو ماحدث

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٠٤/١ ، حاشية ابن عابدين ٩٣١/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٠٠/٧ - ٧٠٢ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٤٧ .

الاتفاق عليه مع الأب قبل الإرضاع ، وإن لم يكن بينهما إتفاق على قدر معين فإنها تستحق أجر المثل وهو الأجر التي تقبل امرأة أخرى أن ترضع به ، فإذا اختلفا قدره القاضي بذلك ، فإن طلبت أكثر من ذلك لاتجاب إلى طلبها .

أما على من تجب ؟

تجب أجرة الرضيع في ماله ، إذا كان يملك مالا ، لأن رضاع الصغير هو غذاؤه ، وغذاؤه من نفقته ، والأصل أن نفقة الشخص تكون في ماله ، فإن لم يكن له مال فتكون على أبيه إن كان موسرًا .

فإن كان معسرا وقادراً على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ويكون الأجر دينا على الأب يدفعه لها إذا أيسر ، وإن كان معسرا عاجزا عن الكسب أو متوفي وجبت أجرة الرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ...** ﴾ . إلى قوله سبحانه ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ [1] .

وقد سبق في الفقرة الثانية من المادة – ١٩٨– أن وجوب أجرة الرضاع تكون على الأب ، ومعروف أن هذا يكون عند عدم وجود مال للصغير .

أما المادة –٢٠٠– من مشروع قانون الامارات فقد نصت على : [أجرة الإرضاع من النفقة الواجبة للصغير ، وتستحق من وقت الإرضاع ، وتكون دينا لايسقط إلا بالأداء أو الابراء] .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٤٩ .

وكذلك نصت المادة – ٢٠١– من مشروع قانون الامارات في الفقرة الأولى منها على أن الأم [لاتستحق أجرة الإرضاع في الأحوال الآتية :

أ – إذا كانت زوجة للأب ولو كانت ناشزا عن طاعته .

ب– إذا كانت معتدة لها نفقة عليه ، ولو أبرأت منها نظير الطلاق] .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد نصت [على أن الأم لاتستحق أجرة على الإرضاع لأكثر من حولين من وقت الولادة] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون إعتبر أجرة الرضاع من النفقة الواجبة عليه إذا تعذر على الأم إرضاع ، وذلك حسب نص المادة – ٦٣ – .

أما المادة – ٦٤ – فقد أوجبت نفقة الولد على أمه الموسرة ، إذا فقد الأب ولا مال له ، أو عجز عن الانفاق .

المبحث الثالث"

" فــــي الحضانـــــة " [1]

ويشتمل على الآتي :-

١- التعريف بالحضانة وصاحب الحق فيها وحكمها .

٢- ترتيب مستحقي الحضانة من النساء والرجال .

٣- شروط أهلية الحضانة .

٤- أجرة الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه .

٥- مكان الحضانة ، وانتقال الحاضنة منه .

٦- مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها .

---

(١) بدائع الصنائع ٤٢/٤ ، الشرح الصغير ٧٥٧/٢ ، مغني المحتاج ٤٥٤/٣ ، المغني ٦١٤/٧ ، كشاف القناع ٧٥٦/٥ .

١- التعريف بالحضانة وصاحب الحق فيها وحكمها :

معنى الحضانة : الحضانة - بفتح الحاء وكسرها - **لغة** : ضم الشيء إلى الحضن .

وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما ، تقول : حضنت الشيء واحتضنته إذا أضممته إلى جنبك ، وحضنت الأم طفلها إذا أضمته إلى صدرها .

وشرعا : هي القيام على تربية الطفل الذي لايستقل بأمور نفسه وذلك برعاية شئونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره .

دليل مشروعيتها : أن امرأة قالت يارسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ، فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم - [أنت أحق به مالم تنكحي] (١) .

والحضانة - كما هو واضح - أمر يتوقف وجوده على شخصين حاضن ومحضون ، والحاضن إما امرأة أو رجل ، والمحضون هو الطفل الصغير ، والصغير محتاج إليها فهي بالنسبة له حق لأنه المنتفع بها ، وهو ليس أهلا للوجوب ، وأما الجانب الآخر وهو الحاضن فهو مكلف بعمل وهو أهل للوجوب عليه .

- **صاحب الحق في الحضانة** : اختلف الفقهاء فيه ، فقيل : إن الحضانة حق للحاضن ، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض ، ولو كانت الحضانة حقا لغيره ماسقطت باسقاطه .

وقيل إنها : حق للمحضون ، فلو أسقطها هو سقطت .

---

(١) أحمد وأبو داود وصححه الحاكم ، نيل الأوطار ٣٤٩/٦ .

ولكن عند العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا : حق الحاضنة وحق المحضون ، وحق الأب أو من يقوم مقامه ، فإذا استطعنا أن نوفق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه ، وإن حدث تعارض ، قدم حق المحضون على غيره .

وإذا اعتبرناها حقا للصغير تفرع عن ذلك الأحكام الآتية :

أ- إذا تعينت الحاضنة سواء كانت أما أمْ غير أُمٍّ أجبرت عليها إذا امتنعت عنها حتى لايفوت على الصغير حقه .

ب- إذا حدث الخلع بين الأم وزوجها على أن تترك حضانتها لولدها تاركة إياه لأبيه صح الخلع وبطل الشرط ، لأنه يبطل حق الصغير في الحضانة ، وهي وإن ملكت إبطال حقها فيها فإنها لاتملك إبطال حق الصغير .

جـ- إذا تم صلح بينها وبين زوجها على إسقاط حقها في الحضانة في مقابلة دين عليها له كان صلحا باطلا ، لأن هذا يترتب عليه إسقاط حق الصغير ، ولذلك لو صالحته على إسقاط حقها في أجرة الحضانة في مقابلة هذا الدين صح الصلح لأن الأجرة حق خالص لها .

أما إذا اعتبرناها حقا للحاضنة تفرع عن ذلك الأحكام الآتية :

أ- ليس من حق الأب ولا لغيره أن يأخذ الصغير من صاحبة الحق في حضانته ليعطيه لحاضنة أخرى تليها في هذا الحق إلا بمسوغ شرعي ، لأن نزعه منها في هذه الحالة ضياع لحقها في الحضانة .

ب- إذا كانت المرضعة ليست هي الحاضنة وجب عليها إرضاعه على وجه لايفوت حق الحاضنة ، بمعنى أن تقوم بإرضاعه عندها أو ينقل إليها الطفل وقت الرضاعة ثم يرد إلى حاضنته .

جـ- [لاتجبر الحاضنة على القيام بالحضانة إذا امتنعت عنها عند وجود حاضنة أخرى تقبلها ، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه] [1] .

وحكمها : أنها واجبة لأن المحضون يلحقه الهلاك بتركها ، لهذا وجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه لينجو من الهلاك .

وقد جاء في المادة -٢٠٢- من مشروع قانون الامارت مايوضح وظيفة الحاضنة فقالت : ((تقوم الحاضنة بتربية المحضون وحفظه ، وتوجيهه ، ومراقبة سيره ، بما لايتعارض مع حق الولي على النفس)) .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد عرفها في المادة - ١٢٦- ونصها ((الحضانة حفظ الولد ، وتربيته وتعليمه ، ورعايته بما لايتعارض مع حق الولي على النفس)) .

٢- ترتيب مستحقي الحضانة من النساء والرجال :

الطفل يخرج إلى الحياة وهو عاجز عن كل شيء لهذا فهو يحتاج إلى من يقوم بأموره كلها ، فإذا بلغ حد التمييز واستطاع أن يقوم ببعض شئونه ظهرت حاجته إلى نوع آخر من الخدمة كالتعليم والتهذيب والبعد عن الفساد ، ولما كان النساء أقدر على النوع الأول لصفات خاصة بهن جعله الشارع إليهن وقدمهن على الرجال في حق الحضانة ، ولما كان الرجال أقدر على النوع الثاني وكله الشارع إليهم بهذا تكون المسئولية قد وزعت بين النساء والرجال .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٧٥٣ - ٧٥٥ ، الفقه الإسلامي وأدلته د/ وهبه الزحيلي ٧/٧١٧ - ٧١٩ .

ولما كانت الأم هي أحنى النساء على وليدها من غيرها ، وهذا أمر طبعت عليه ، وعطفها لايقاربها عطف كانت في المرتبة الأولى من الحاضنات .

ويثبت هذا الحق للأم سواء كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة أو غير معتدة مادامت أهلا للحضانة ولم يمنع من حضانتها مانع ، كتزوجها بأجنبي أو بقريب غير محرم ، أو أن تكون فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا ، أو غير مأمونة بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا .

وبهذا قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كما سبق – في تقديم الأم بالنسبة للنساء ، مالم يكن هناك مانع ، وكذلك قضى أصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك .

روي أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلق إلى أبي بكر – رضي الله عنه – فقال له أبو بكر : [مسحها وحجرها وريحها خير له منك ، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه] [1] .

فإن ماتت أو منع من حضانتها مانع انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب فتنتقل إلى أم الأم ، ثم إلى أم الأب ، وإنما تأخرت الجدة من قبل الأب عن الجدة من قبل الأم ، لأن قرابتها من جهة الأب وهو مؤخر عن الأم . فإن لم توجد واحدة من الجدات انتقلت الحضانة إلى الأخوات على أن تقدم الأخت الشقيقة وتليها الأخت لأم ، فإن لم تكن فالأخت لأب وهذا ماذهب إليه الجمهور غير الشافعية ، لأن الشافعية – في الأصح عندهم –الأخت لأب ثم الأخت

---

(١) رواه ابن شيبة . فتح القدير ٣/٣١٤ .

لأم فإن لم توجد واحدة من الأخوات المؤهلات للحضانة انتقل الحق إلى بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأم ، ثم يلي هؤلاء الخالات فتقدم الشقيقة ثم تليها الخالة لأم ثم الخالة لأب فإن لم يوجد من الخالات من يصلح انتقل الحق إلى بنت الأخت لأب على الرأي الصحيح عند الحنفية [1] . ويجيء بعدها بنات الأخوة على الترتيب تقدم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لأب ، فإن لم يوجد من تصلح انتقل الحق إلى العمات على الترتيب تقدم العمة الشقيقة ، ثم العمة لأم ، ثم العمة لأب . فإن لم يوجد من العمات من تصلح انتقل الحق إلى خالات الأم على الترتيب ، تقدم خالة الأم الشقيقة ، ثم خالتها لأب ثم يليهن خالات الأب تقدم خالة الأب الشقيقة ثم خالته لأم ثم خالته لأب .

ثم عمات الأم على الترتيب السابق ، ثم عمات الأب كذلك على الترتيب السابق .

<u>ومما يلاحظ هنا في هذا الترتيب</u> : أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب في جميع الأصناف عند اتخاذ الدرجة ، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها كذلك ، ومن المعروف أن قرابة الأم أعطف على الصغير من قرابة الأب .

وأن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا ، لأن الجدة أكثر عطفا على الصغير من الأخت ، ولأن اتصالها بالصغير من طريق الولادة فهو كالجزء منها .

وكذلك القرابة الشقيقة مقدمة على غيرها لقوتها بتعدد جهتها وتوفر الشفقة .

---

(١) وفي رواية مرجوحة أن بنت الأخت لأب مقدمة على الخالات ، وجه الرواية الراجحة أن قرابة الخالة من جهة الأم ، وقرابة بنت الأخت لأب من جهة الأب وهما في درجة واحدة فتقدم قرابة الأم وهي الخالة على قرابة الأب وهي بنت الأخت لأب .

وقدمت بنت الأخت على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما ، والعمة فرع الجدين أو أحدهما [1] .

((وهذا مانصت عليه المادة – ٢٠٣ – من مشروع قانون الامارات في فقرتها الأولى)) .

وإذا لم يوجد من النساء والمحارم من تصلح للحضانة ، أو وجدت ولم تكن أهلا لهذه الحضانة ، انتقلت هذه الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقا إن كان الطفل ذكرا وإلى العصبة المحارم إن كان أنثى ويكون ترتيبهم كالميراث ، فيقدم الأب ثم الجد لأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، ثم العم الشقيق ، ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ، ثم ابن العم لأب ، وهذان لا حضانة لهما على الأنثى وهما– ابن العم الشقيق ، وبن العم لأب – أي إذا كان المحضون أنثى لأنهما من غير المحارم ، والحضانة تمتد إلى سن المراهقة وفيها يخشى الوقوع في الفتنة .

فإذا لم يكن للصغيرة إلا ابن عمها يختار القاضي حسب مايراه صالحا لهذه المحضونة فيضعها عند امرأة تكون ثقة مأمونة .

وهذا مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة .

فإذا لم يوجد للصغير عاصب مطلقا من الرجال ولا عاصب محرم للصغيرة ، أو وجد ولكنه ليس أهلا لهذه الحضانة انتقلت الحضانة إلى المحام من غير العصبة ، وهم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب ، فيقدم الجد لأم ، ثم الأخ لأم ، ثم ابن الأخ لأم ،

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٥٧ – ٧٥٨ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٢١/٧

ثم العم لأم ، ثم الخال الشقيق ، ثم الخال لأب ، ثم الخال لأم .

وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السابقة .

فإذا لم يوجد واحد من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى الأقرباء من غير المحارم كأولاد الخال وأولاد الخالة على أن لايكون للرجال حضانة الإناث ولا للإناث حضانة الذكور لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على الضم مفسدة .

فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان الرأي للقاضي يضمه إلى رجل أو أمرأة ممن يثق في صلاحهم وقدرتهم على هذا العمل .

وإذا تعدد المستحقون للحضانة من الرجال والنساء وكانوا في درجة واحدة وقوة واحدة كإخوة أشقاء أو أعمام أشقاء أو خالات شقيقات قدم أصلحهم لتربية الطفل وأقدرهم على رعايته ، فإن تساووا في الصلاح فأورعهم ، فإن تساووا فيه فأسنهم لأنه يكون أكثر تجربة من غيره . هذا ماذهب إليه الحنفية بالنسبة لحق الحضانة [1] .

وقد نصت على ذلك الفقرات ٤ ، ٥ ، ٦ من المادة السابقة ، ونصها :

[٤- إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال ، انتقل الحق الى من يليه .

٥- في جميع الأحوال لايستحق الحضانة عند اختلاف الجنس من ليس من محارم الطفل ذكرا كان أو أنثى .

٦- إذا لم يوجد مستحق للحضانة ، أو لم يقبلها أحد من المستحقين يضع

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د محمد مصطفى شلبي ص ٧٥٩ ٧٦٠ .

القاضي المحضون عند من يثق به من الرجال أو النساء ، ويفضل الأقارب على الأجانب] .

٣- شروط أهلية الحضانة :

من المعروف أن الغرض من الحضانة تحقيق مصلحة الطفل ودفع كل ما يلحق به الضرر لهذا شرط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال توافر صفات معينة بها تتحقق الأهلية للحضانة ، فإن اختلت واحدة منها في شخص أدى ذلك إلى سقوط حقه في هذه الحضانة وانتقل إلى من يليه .

الشروط الخاصة بالنساء :

١- أن تكون بالغة ، لأن غير البالغة ولو كانت مميزة لاتستطيع أن تقوم بشئونها كلها فكيف يوكل إليها القيام بشئون غيرها .

٢- أن تكون عاقلة لأن غير العاقلة لاتحسن القيام على شئون الصغير لعدم معرفتها ما ينفعه بل يخشى عليه أن تنزل به الضرر لهذا لاتكون أهلا للحضانة .

٣- أن تكون قادرة على القيام بما تتطلبه الحضانة من أعمال ، لأنها لو كانت عاجزة عن ذلك من أجل مرض او عاهة أو كبر سن يحول بينها وبين أداء وظيفتها لم تكن أهلا للحضانة وكذلك لو كانت قادرة على أعمال الحضانة ، ولكنها مع قدرتها على أعمال الحضانة مريضة مرضا يخشى على حياة الطفل منه فإنها لاتكون أهلا لهذه الحضانة . ولو كانت تعمل وكان هذا العمل يحول بينها وبين رعاية الطفل فإن حقها يسقط في الحضانة ، أما إذا كان عملها لايحول بينها وبين رعايته بأن تتمكن من التوفيق بين عملها وما تتطلبه الحضانة لايسقط حقها فيها .

٤- أن تكون أمينة على أخلاق الصغير ، فإن كانت فاسقة كاحترافها الرقص أو ارتكاب الفاحشة فإن حقها في الحضانة يسقط . لكن ابن عابدين قيد الفسق المانع من الحضانة -حضانة الأم - بكونه فسقا يضيع به الولد ، بمعنى أن يكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور ، مالم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه ، فإذا كان في سن يعقل فيها هذا انتزع منها ، صونا لأخلاقه من الفساد ، لأنها حينئذ غير أمينة .

٥- ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم من الصغير . بأن تكون غير متزوجة أو متزوجة بقريب محرم منه كعمه أو جده مثلا [(1)] .

فإن كانت متزوجة من أجنبي ، أو من قريب غير محرم كابن عمه ، أو من محرم غير قريب كأخيه من الرضاع سقط حقها في الحضانة ، لأن الغالب بالنسبة لهؤلاء ألا يعطفوا على الصغير كعطف قريبه المحرم ، ثم إن الأجنبي غالبا ما يبغضه ويقسوا عليه - وإن كان في بعض الأحيان يحدث خلاف ذلك ، فيكون من الأجنبي العطف الذي لايكون من القريب المحرم - وكذلك فإن وقت الزوجة لزوجها وله الحق

---

(١) لقوله - صلى الله عليه وسلم - للمرأة المطلقة التي أراد زوجها أن يأخذ ولده منها : [أنت أحق به مالم تتزوجي فإذا كانت الأم يسقط حقها بالزواج فغيرها أولى بذلك ، وكان مقتضى ذلك أن يكون زواجها مطلقا مسقطا لهذا الحق ، لكن الحنفية والمالكية : نظروا إلى الحكمة التي من أجلها جعل الزواج مانعا من الحضانة أن الزوج يكره ولد زوجته - غالبا - ويود ألا يكون مع أمه فاستثنوا الزواج من القريب المحرم ، لأنه - في غالب الأحيان - يعطف على الصغير ويعتبره كولده فلا يكون كارها له مع أمه - زوجته - ، ويوجد أقوال أخرى في سقوط حق الحضانه بالزواج ، يسقط مطلقا بالزواج وهو قول الشافعية لأن الحديث لم يفصل ، وآخر يقول : بأنه لايسقط بالزواج مطلقا وهو قول الحسن البصري وابن حزم لعدم صحة الحديث كما قالوا . نيل الأوطار ٣٤٩/٦ ، سبل السلام ٢٢٦/٣ .

في منعها من القيام بشئون هذا الصغير الذي لاصلة له به ، بخلاف ما إذا كان الزوج محرما للصغير ، لأن القرابة المحرمية داعية إلى العطف والشفقة على الصغير – في غالب الأحيان – فلا خوف عليه .

٦– ألا تقيم بالصغير عند شخص يبغضه ولو كان قريبا لهذا الصغير ، لأن الحضانة ماكانت إلا لمصلحة الصغير ، والسكن عند من يبغضه يعرض الصغير للأذى وإلحاق الضرر به ، فلو فعلت ذلك ولم تخرج إلى بيت آخر أدى هذا إلى سقوط حقها في الحضانة .

٧– ألا تكون مرتدة عن الإسلام ، فإذا كانت الأم مسلمة وارتدت عن الإسلام سقط حقها في الحضانة لأن المرتدة عند الحنفية تحبس حتى تعود إلى الإسلام أو تموت ، وهي في هذه الحالة لاتستطيع القيام بأعمال الحضانة .

أما الإسلام فهو شرط عند الشافعية والحنابلة : لأنه لاحضانة لكافر على مسلم ، إذ لاولاية له عليه ، ولأنه ربما فتنه في دينه .

ولكن الحنفية والمالكية لم يشترطوا إسلام الحاضنة ، فيصح أن تكون الحاضنة كتابية [مسيحية أو يهودية] لأنه – صلى الله عليه وسلم – خير غلاما بين أبيه المسلم وأمه غير المسلمة ، فمال إلى الأم ، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – [اللهم اهده ، فعدل إلى أبيه] [1] ولأن أساس الحضانة الشفقة على الصغير وهي متوفرة عند كل حاضنة ولا تأثير للدين في ذلك .

ولكن الذين قالوا بجواز أن تكون الحاضنة غير مسلمة ، اختلفوا في مدة بقائه

---

(١) رواه أبو داود وغيره ، وقال أصحاب الرأي الأول : بأنه منسوخ أو محمول على أنه – صلى الله عليه وسلم – عرف أنه يُستجاب دعاؤه ، وأنه يختار الأب المسلم . وقصده بتخييره استمالة قلب أمه .

عندها .

فقال الحنفية : إنــه يظـل عندهـا حتـى يعقـل الأديـان ، وهـذا ببلوغـه سـن السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطرا على دينه ، بأن بدأت تعلمه أمـور دينهـا أو تذهب به إلى معابدها ، أو تقوم بتعويده شرب الخمـر ، وأكـل لحـم الخـنزير فإنـه يأخذ منها ويسلم لمن تستحق الحضانة بعدها .

وقال المالكية : إنه يبقى مع الحاضنة إلى أن تنتهي مـدة الحضانـة شرعا ، ولكنها تمنع من تغذيته بلحم الخنزير والخمر ، فإن كـان هنـاك خـوف مـن أن تفعـل الحرام أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ، ليحفظ الولد من الفساد .

الشروط الخاصة بالرجال :

يشترط في الحـاضن مـن الرجـال : أن يكـون بالغـا عـاقلا قـادرا علـى القيـام بمصالح الصغير أمينا على تربيته كما يشترط في النساء .

وعند الحنفية : لابد أن يتحد مع المحضون في الدين ، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس ، ولا ولاية مع الاختلاف في الدين ، ولأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث ، ولا توارث مع اختلاف في الدين فلو كان للصغير قريبان في درجة واحدة واختلفوا في الدين تكون الحضانة لمن يوافقه في الدين .

هذا – ومن – كان له حق الحضانة رجلا كان أو امرأة وسـقط حقـه لسـبب من الأسباب ثم زال ذلك السبب يعود إليه الحق مرة ثانية [1] .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شـلبي ص ٧٦٣ - ٧٦٦ ، الفقـه الإسـلامي وأدلتـه د / وهبـه الزحيلي ٧/٧٢٧ ، ٧٢٨ .

ولقد نص مشروع قانون الامـارت في المـادة -٢١١- [علـى أن زواج الحاضنـة بغير محرم للصغير لايسقط حقها في الحضانة ، وللقاضي أن يمنعها مـن الحضانـة إذا رأى استمرارها منافيا لمصلحة الصغير] .

ولقد نصت المواد – ٢٠٤ ، – ٢٠٥ ، ٢٠٦ – من مشروع قانون الامارت على الشروط السابقة ، مع بيان أنه لو تعـدد أصحـاب الحـق في الحضانـة إختـار القـاضي الأصلح للولد ، وذلك حسب نص المادة – ٢٠٥– .

أما المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد بين أحكام الحضانة في المـواد مـن – ١٢٧– إلى – ١٣٨– وقد أضاف إلى شـروط الحـاضن شـرطا آخـر وهـو السـلامة مـن الأمراض المعدية ، وهذا شرط لابد منه ، وذلك من أجل الحفاظ على صحـة المحضـون وحياته .

وأضاف هذا المشروع لما سبق – أن الحاضن إذا كان ذكرا ، أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النسـاء ، ولا شـك أن هـذه إضافـة جديـرة بالاهتمـام ، وخصوصـا حينما يكون المحضون في المرحلة الأولى من مراحل حياته التي لايسـتطيع أن يسـتغني فيها عـن النساء .

ومشروع قانون الامارت قد نص في المادة – ٢١٤ – على أن الحضانـة ينتهـي الحق فيها بدخول الأنثى وببلوغ الذكر . ومشروع القانون الموحد لدول مجلـس التعـاون قد نص في المادة – ١٣٠ – على الآتي : [تستمر الحضانة حتى يتم المحضون العاشرة من عمره إلا إذا قدر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون] .

والمادة – ١٣٦– من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون فقد نصـت علـى أن الحضانة تسقط في الحـالات التالية :

[١- إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين - ١٢٧ ، ١٢٨- من هذا القانون .

٢- إذا استوطن الحاضن بلدا يعسرمعه على ولي المحضون القيام بواجباته .

٣- إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة سنة من غير عذر .

٤- إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني] .

وقد نصت المادة - ١٣٧- على أن الحضانة تعود لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها .

ولا شك أن هذا أمر هو موضع اتفاق بين جميع المشروعات والقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية في البلاد العربية والاسلامية ، فمتى توافرت شروط الحاضنة في المرأة أو الرجل كان مستحقا لهذه الحضانة ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط سقط هذا الحق ، وإذا عادت وتوافرت هذه الشروط مرة أخرى عاد هذا الحق .

٤- أجرة الحضانة واستحقاقها ، ومن تجب عليه :

أجرة الحضانة : للفقهاء رأيان [(١)] .

إننا إذا نظرنا إلى أن الحاضنة تقوم بعمل من الأعمال نقول : إن مايدفع لها مقابل هذا العمل فهو أجرة ، وإذا نظرنا إلى أن نفقة الطفل واجبة عليه في ماله - إن كان له مال - ثم على أبيه ، ومن جملة ما ينفق عليه الانفاق على الحاضنة التي

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٨٧٤/٢ ، الشرح الصغير ٧٦٤/٢ ، الفتاوي الهندية ٤٨٦/١ .

حبست نفسها لأجله نقول : إن مايدفع إليها هو نفقة ، فهي ليست نفقة خالصة ، ولا أجرة خالصة . وعلى أي حال فلمن تكون ؟ .

ذهب الجمهور – غير الحنفية – إلى القول : بأنه ليس للحاضن أجرة على الحضانة ، سواء أكانت الحاضن أما أم غيرها ، لأن الأم تستحق النفقة إن كانت زوجة ، وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب . لكن إذا احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه ، على مثل هذه الأعمال يكون للحاضن الأجرة .

وذهب الحنفية إلى القول : [بأن الحاضنة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم ، فإن كانت غير الأم استحقت الأجرة على الحضانة مالم تتبرع بها ، وإن كانت الأم فإنها لاتستحق أجرا على الحضانة إذا كانت زوجة لأبي الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب ، وكذلك إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في إحدى الروايتين – وهو مايجري عليه العمل في القضاء المصري – لأنها في تلك الحالات تستحق النفقة على أبي الصغير] ، من أجل الزوجية أو العدة لهذا لاتستحق عليه نفقة أخرى في نظير حضانة ولده لأن الأولى كافية – كما سبق – في أجرة الرضاع ، فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاء عدتها أو لمنعها من المطالبة بنفقة أثناء العدة لمضي سنة من وقت الفرقة بينهما أو لكونها أبرأت زوجها من نفقة العدة في نظير طلاقها هنا تستحق الأجرة على الحضانة .

وقد نصت المادة – ٢١٠– من مشروع قانون الامارات على ذلك في فقرتها الأولى والثانية .

وقد نصت المادة – ٢٠٧– في فقرتها الأولى [على أن الحاضنة أما كانت أو غيرها تستحق أجرة الحضانة ولو كانت غير محتاجة] .

ونصت في فقرتها الثانية [على أن أجرة الحضانة تستحق امن وقت العمل ، ولا تسقط إلا بالاداء أو الأبراء] .

متى تُستحق الأجرة ؟

إذا كانت الأم هي الحاضنة فإنها تستحق الأجرة على الحضانة في الحالات التي تجب لها فيها من وقت قيامها بأعمال الحضانة ولا يتوقف الاستحقاق على سبق اتفاق بينها وبين والد الطفل أو قضاء بذلك .

أما غيرها فلا تستحق الأجر إلا من تاريخ الاتفاق عليها أو قضاء القاضي بها ، فلو قامت بها قبل الاتفاق أو القضاء لايحق لها المطالبة بالأجر على تلك المدة ، لأنها مثل سائر الأجور على الأعمال لاتجب إلا بالاتفاق أو القضاء فإقدامها على العمل قبلهما دليل على أنها كانت متبرعة بذلك بخلاف الأم التي تحملها الشفقة الكاملة على خدمة وليدها دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء .

ولأن الطفل في غالب الأحيان يكون معها في فترة الرضاعة وأثناء العدة وكانت تقوم بحضانته فليس من المعقول أنها تتركه بعد انقضاء هذه الفترة التي كانت تستحق فيها نفقة بدون خدمة حتى يتم اتفاقهما على الأجر وقد يحدث التنازع من أجله فيرفع الأمر إلى القضاء .

وإذا وجبت الأجرة للحاضنة سواء كانت أما أو غيرها فإنها تكون دينا لايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ولا يتأثر بمضي المدة ، ولا بموت الصغير ، ولا بموت من وجبت عليه ، ولا بموت الحاضنة نفسها ولهذا يكون لورثتها حق المطالبة بهذه الأجرة بعد وفاتها لأنها جزء من تركتها .

من تجب عليه أجرة الحضانة ؟

أجرة الحضانة جزء من النفقة على الصغير لهذا فهي واجبة على من تجب عليه نفقة الصغير .

فإن كان للصغير مال وجبت في ماله ، وإن لم يكن له مال وجبت على أبيه ، فإن كان الأب موسرا أمر بأداء الأجرة إلى الحاضنة ، وإن كان معسرا فلا يخلوا إما أن يكون قادراً على الكسب أولا .

فإن كان قادرا على الكسب وجبت عليه وأصبحت دينا في ذمته ، وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم وجود الأب ويرجع بها إلى الأب إذا أيسر .

وإن كان الأب المعسر عاجزا عن الكسب اعتبر غير موجود ، وفرضت الأجرة على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويطالب بأدائها في الحال إلى الحاضنة .

أجرة مسكن الحضانة والخادم :

ذهب الحنفية على المختار – عندهم – والمالكية على المشهور : إلى القول بوجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن ، لأن من الواضح أن أجرة المسكن تعتبر من النفقة الواجبة للصغير ، فتجب على من تجب عليه نفقته .

وكذلك تجب أجرة الخادم إذا احتاج الصغير إلى خادم ، لأن هذا من لوازم المعيشة ، وهذا يكون – الخادم – إذا كان للصغير مال أو كان من تجب عليه نفقته موسراً تُخدم أولاده .

الحضانة بين الأم والمتبرعة بها :

ذهب الحنفية : إلى القول [بأن المتبرعة بالرضاع تقدم على الأم ، إذا لم ترض بالإرضاع بلا أجر ، أما المتبرعة بالحضانة : فإن كانت غير محرم للصغير ، فلا تقدم على صاحبة الحق في الحضانة ، وإن كانت محرما للصغير فتقدم المتبرعة إذا كانت الأجرة في مال الصغير أو كان الأب معسرا ، ولا تقدم – المتبرعة – في غير هاتين الحالتين] .

والفرق بين الحالتين : أن المقصود من الرضاع التغذية ، وهذا يتحقق من غير المحارم كالمحارم ، أما الحضانة فإن المقصود بها تربية الصغير وتعهده بالرعاية والعناية ومثل هذه الأمور تحتاج إلى الشفقة والحنان ، ولا شك أن القريبة أشفق من البعيدة [1] .

٥- مكان الحضانة ، وانتقال الحاضنة منه :

مكان الحضانة [2] . إذا كانت الزوجية قائمة بينهما ، فإن مكانها هو مكان الزوجين .

وذهب الحنفية : إلى تفصيل ذلك فيما يأتي :

أ- إذا كانت الأم هي الحاضنة والزوجية قائمة بينهما ، أو كانت الحضانة أثناء العدة من طلاق أو وفاة ، فمكان الحضانة : هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج ، ولايجوز لها الانتقال به إلا بإذن الزوج ، لأن الزوجة ملزمة بمتابعة زوجها والإقامة

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧٣٢/٧ – ٧٣٥ ، أحكام الأسرة في الإسلام ٧٦٨ – ٧٦٩ .

(٢) الكتاب مع اللباب ١٠٦/٣ ، الشرح الصغير ٧٦٢/٢ ، مغني المحتاج ٤٥٨/٣ ، المغني ٦١٨/٧

معه حيث يقيم ، والمعتدة ملزمة بأن تبقى في مسكن الزوجية ، سواء مع الولد أو بدونه ، لقوله سبحانه : **﴿ ... لاتخرجوهن من بيوتوهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾** [١] .

ب- أما إذا انتهت العدة بالنسبة للأم المطلقة : فمكان حضانتها هو أيضا مكان إقامة الزوج ، ولا يجوز لها الخروج بالولد - بغير إذن والده - من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت بحيث لايمكن للوالد أن يشاهد ولده ثم يرجع في نهاره ، إلا إذا انتقلت به إلى وطنها ، وكان قد عقد عليها عقد الزواج فيه . فإذا توافر هذان الشرطان ، الوطن وكونه مكان العقد جاز للأم الانتقال بالمحضون إليه ، وإلا ماجاز لها الانتقال ، ويسقط حقها في الحضانة .

جـ- وأما الحاضنة غير الأم كالجدة أو الأخت .... ، فلا يجوز لها الانتقال بالمحضون إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه ورضاه ، حتى لايتضرر الولد ، فلو حدث وانتقلت إلى بلد آخر بغير إذن الأب ، سقط حقها في الحضانة .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن مكان الحضانة للمطلقة بعد انقضاء العدة هو مكان إقامة والد المحضون فليس لها السفر من بلد إلى بلد [٢] . بمسافة - ١٣٣كم - فأكثر ، فإن حدث وسافرت إلى مكان يبعد عن بلد إقامة الأب بهذه المسافة يسقط حقها في الحضانة لأن المحضون في حاجة إلى رعاية والده . ولا يسقط حقها في هذه الحضانة إذا كان السفر للتجارة والحج والزيارة ونحو ذلك .

---

(١) الطلاق / ١ .

(٢) سفر نُقْلَة وانقطاع .

وذهب **الشافعية** : إلى القول : بأن السفر إذا كان من أحد الزوجين المفترقين بالطلاق سفر حاجة لتجارة وحج ، كان المميز وغيره مع المقيم حتى يعود . وإن كان السفر من أحد الزوجين سفر نقله ، فالأب هنا أولى بالحضانة من الأم ، وهذا يكون إذا أمن الطريق وكان البلد المقصود بالسفر آمنا ، وذلك لمصلحة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق .

أما إذا كان السفر مخوفا أو كان البلد الذي سوف يسافر إليه مخوفا ، فهنا المقيم أحق بالحضانة للولد .

وذهب **الحنابلة** إلى القول : بأنه متى أراد أحد الأبوين أن ينتقل بالمحضون إلى بلد آمن ، مسافة القصر فأكثر ، ليسكنه ، فتسقط حضانة الحاضنة ، والأب أحق بهذا مالم يرد بنقلته مضارتها ، فإن أراد بنقلته مضرة الأم ، لم يسقط حقها في الحضانة [1] .

وقد نصت المادة – ٢١٥ – من مشروع قانون الامارات في فقرتيها موضحة هذا الأمر بما يأتي :

[١– ليس للأم حال قيام الزوجية ، أو في عدة الطلاق الرجعي ، أن تسافر بو لدها أو تنقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه .

٢– ويجوز لها بعد البينونة أن تنتقل به إلى بلد آخر إذا لم يكن في هذا النقل إخلال بتربية الصغير ، ولم يكن مضارة للأب وكان لايكلفه في النقلة لمطالعة أحوال المحضون مشقة أو نفقة غير عاديتين] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٣٧ / ٧٣٨ .

وقد نص في مشروع دول مجلس التعاون في المادة – ١٣٥ – [لايجوز للحاضن السفر بالمحضون إلا بموافقة وليه ....] .

ماذا لو انتقل الأب أو مايقوم مقامه لبلد آخر ؟

ذهب الحنفية : إلى القول بأنه ليس من حق الأب أو الولي مطلقا إخراج المحضون من بلد أمه بدون رضاها مابقيت حضانتها ، فإذا حدث وانتقل إلى بلد آخر غير بلد الحاضنة فليس له أن يأخذ الولد معه مادامت حضانتها قائمة ، ولايسقط حقها في الحضانة بانتقاله ، سواء أكان البلد قريبا أم بعيداً ، وسواء أكان السفر بقصد الإقامة أم التجارة أم الزيارة ، لأن الحضانة حق الحاضنة ، ولا يملك الولي اسقاط هذا الحق[1] .

حق رؤية الصغير لغير الحاضن :

حق رؤية الصغير لأحد الأبوين غير الحاضن مقرر شرعا ، وذلك لصلة الرحم ، وهو أمر لاخلاف فيه – بين الفقهاء – من حيث المبدأ وإن اختلفت نظرتهم بالنسبة لبعض التفصيلات : ذهب الحنفية : إلى القول : بأن وجود الولد عند الحاضنة ، يعطي لأبيه حق رؤيته ، بأن تخرجه إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم . وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة ، أو لأن مدة الحضانة قد انتهت ، فلأمه رؤيته ، بأن يخرجه إلى مكان : يمكنها أن تبصر ولدها ، كل يوم . مع ملاحظة أن الحد الأقصى كل أسبوع مرة وهذا كحق المرأة في زيارة أبويها ، والخالة مثل الأم ، ولكن ماجرى عليه القضاء في مصر ،تكون زيارتها كل شهر مرة .

---

(١) الدر المختار ٨٨٥/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٣٨/٧ ، ٧٣٩ .

وذهب المالكية : إلى القول : بأن للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة ، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة . والأب في هذا مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم ، ولكن بعد بلوغه هذا السن ، فله أن يراه من آن لآخر ، أي الاطلاع عليه [1] .

وقد نصت المادة -٢١٧- من مشروع قانون الامارات على الآتي :

[١- إذا كان المحضون عند أحد الأبوين فلا يجوز له أن يمنع الآخرين رؤيته .

٢- وفي حالة المنع أوعدم الرغبة في الذهاب لرؤيته في مكان من هو عنده يعين القاضي موعدا دوريا للرؤية بمكان يتفق عليه الطرفان ، أو تحدده المحكمة إذا اختلفا على ألا يكون بأمكنة الشرطة .

٣- ينفذ حكم الرؤية جبرا إذا امتنع عن تنفيذه من عنده الولد] .

٦- مدة الحضانة ومصير الصغير بعدها :

الفقهاء - رحمهم ا لله تعالى - اتفقوا على أن حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته إلى سن التمييز ، ولكنهم اختلفوا في بقائها بعد هذا السن .

ذهب الحنفية [1]: إلى القول : بأن الحاضنة أما كانت أو غيرها أحق بالغلام حتى يصبح مستغنيا عن خدمة النساء ، ويكون مستقلا بنفسه في الطعام والشراب والملبس والاستنجاء ، وقدر زمن هذا الاستقلال بسبع سنين ، لأنه الغالب ، لقوله - صلى ا لله عليه وسلم - [مروا أولادكم بالصلاة لسبع ...] والأمر بالصلاة لايكون

(١) المرجع السابق .

إلا بعد القدرة على الطهارة . وهناك رواية أخرى في المذهب ، أن زمن الاستقلال يقدر بتسع سنين .

أما إذا كانت المحضونة ، هي الفتاة ، فالأم والجدة أحق بها حتى تبلغ بالحيض أو السن ، لأنها بعد الاستغناء – في الطعام والشراب – تحتاج إلى معرفة آداب النساء وخدمة البيت ، والمرأة على ذلك أقدر . وأما بعد البلوغ فهي في حاجة إلى التحصين والحفظ ، والأب في هذا أقوى وأفضل . وبلوغ الصغيرة إما بتسع سنين أو بإحدى عشرة سنة . والسبب الذي أدى إلى الاختلاف بين الغلام والفتاة : هو أن القياس أو الأصل أن يتوقت زمن الحضانة بالبلوغ فيهما جميعا ، لكن ترك القياس أو الأصل في الغلام بإجماع الصحابة – رضي الله عنهم – لما روي أن أبا بكر – رضي الله عنه قضي بعاصم بن عمر لأمه مالم يشب عاصم ، أو تتزوج أمه . فبقي الحكم في الفتاة على أصل القياس ، ثم إن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال والتعلم ، ولاشك أن الأب على ذلك أقدر وأقوم . والفتاة أحوج إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ، والأم على هذا أقدر ، فإذا بلغت احتاجت إلى الحماية والحفظ والصيانة والرعاية ، والرجال على هذا أقدر .

وذهب المالكية [٢] . إلىالقول : بأن الحضانة تستمر بالنسبة للغلام إلى البلوغ ، على المشهور ، وفي الأنثى إلى الزواج ودخول الزوج بها ، ولو كانت الأم كافرة وهذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها . وأما من كانت في عصمة زوجها فهي حق للزوجين معا . والولد لايخير عند الحنفية والمالكية ، لأنه لا قول له ، ولا يعرف

---

(١) بدائع الصنائع ٤/٤٣ ، ٤٥ .

(٢) الشرح الصغير ٢/٧٥٤ ، ٧٥٦ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ - ٢٢٥ .

مصلحته ، وقد يختار من يلعب عنده .

وعند الشافعية والحنابلة : [1] أن الولد ذكر أو أنثى ، إذا وصل إلى سبع سنين أو ثمان سنين – وهو سن التمييز – وصلح الزوجان للحضانة ، ولو كان أحدهما أفضل من الآخر دينا أو مالا أو محبة ، وتنازعا في الحضانة ، خير بينهما ، [لأنه – صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه] والصغيرة كالصغير في الانتساب ، ولأن القصد بالحضانة حفظ الولد والمميز أعرف بحظه ومصلحته ، فيرجع إليه [2] .

ولا شك أن ماذهب إليه الحنفية والمالكية ، هو الأرجح بالنسبة للتخيير وعدم التخيير ، في شأن الحضانة ، لأن الصغير وإن كان مميزا لكنه لايستطيع أن يدرك مصلحته وهو في هذه المرحلة من العمر وخصوصا إذا كان يميل إلى اللعب واللهو ، فلا شك أنه سوف يختار من الأبوين ما يستطيع ، معه أن يلهوا ويلعب .

مصير الصغير بعد انتهاء مدة الحضانة :

ذهب الحنفية : إلى القول : بأنه : إذا انتهت مدة الحضانة بالنسبة للنساء سلم الولد ذكرا كان أو أنثى إلى الأب إن كان موجودا وصاحب أهلية لضم الولد إليه ، فإن لم يكن موجودا أو كان موجودا ولكنه غير أهل لذلك الضم انتقل الحق إلى غيره من العصبات الأقرب فالأقرب حسب الترتيب السابق في استحقاق الحضانة مع ملاحظة أن الأنثى لاتسلم إلى عاصب غير محرم وذلك كابن عمها ، لأنها تكون في سن

---

(١) مغني المحتاج ٣/٤٥٤ ، ٤٥٦ ، المهذب ٢/١٧١ ، ١٧٢ ، المغني ٧/٦١٣ - ٦١٦ .

(٢) ويخير الغلام – عند الحنابلة – بشرطين : ١– أن يكون الأبوان وغيرهما من أهل الحضانة ، فإن كان أحدهما ليس أهلا للحضانة ، أصبح كالمعدوم ، لهذا يتعين الآخر . ٢– ألا يكون الغلام معتوها ، لأن المعتوه يكون عند أمه حتى بعد بلوغه ، لأنه بمنزلة الطفل . الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٤٢ ، ٧٤٤ .

تشتهى وهي غير محرمة عليه فيكون في وجودها معه خطر عليها ، وأما الغلام فلا يوجد خطر في ضمه إلى العاصب غير المحرم . وهذا الضم لاخيار فيه للأب وكذلك العاصب والولد لأن الشارع هو الذي حكم بذلك لما فيه من المصلحة ، وليس لأحد الخيار فيما جاء به الشارع .

ويبقى الغلام عند من ضم إليه حتى يبلغ مأمونا على نفسه ، فإذا بلغ وكان غير مأمون على نفسه بقي عند من ضم إليه حتى يصير مأمونا . أما البنت فإنها تبقى في يد من ضمت إليه حتى تتزوج ، فإذا لم تتزوج بقيت عند أبيها أو عاصبها المحرم إن كانت بكرا يخشى عليها الفتنة ولو كانت أمينة على نفسها . وكذلك إذا كانت ثيبا غير مأمونة على نفسها ، أما إذا أمنت الثيب على نفسها ، والسن تقدمت بالبكر حتى صارت ذا دراية وحكمة وعرف عنها العفة صارت أحق بنفسها ، بمعنى أنه ليس لأحد أن يجبرها على المقام معه [(١)] .

ويلاحظ أن المحضون إذا بلغ معتوها أو مجنونا ولو كان أنثى يبقى عند أمه مطلقا ، لحاجته إلى من يخدمه ويقوم على شأنه ، ولا شك أن النساء أعرف وأقدر على هذا ، والأم أشفق عليه من غيرها .

وقد نصت المادة – ٢١٨ – من مشروع قانون الامارات على مايجب أن يكون بعد انتهاء مدة الحضانة ، وجاء في فقرتيها :

[١– بعد انتهاء أجل الحضانة يقيم الفتى حيث أحب ، إلا أن يكون غير مأمون على نفسه ، فيكون للولي المحرم ضمه إليه .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٧٨٥ .

٢- ويجوز للقاضي أن يأذن للأنثى المأمونة على نفسها بعد سن البلوغ بالانفراد في السكنى عن الحاضنة ، وعن ولي النفس إذا وجد في ذلك مصلحة ظاهرة لها ، وفي هذه الحالة لاتأثير لانفرادها بالسكنى في استمرار حقها في النفقة على وليها إن كانت تستحق النفقة [.

وينتهي حق الحضانة بدخول الانثى وبالنسبة للذكر عند البلوغ وهذا مانصت عليه المادة - ٢١٤ - من مشروع قانون الإمارات وكذلك المادة - ١٣٠ - من مشروع دول مجلس التعاون كما سبق .

" المبحث الرابع "
فـــي الولايـــة

ويشتمل على الآتي :

أ – الولاية على النفس :

١- الولي على النفس والعمل المطلوب منه .

٢- شروط الولى على النفس .

٣- انتهاء الولاية على النفس .

ب – الولاية على المال :

١- الولي على المال .

٢- شروط الولي على المال .

٣- تصرفات الولي على المال

الولايــــة :

تمهيـــد :

سبق عند الحديث على الولاية في الزواج أن أوضحت معنــى الولايـة ، وأنهـا تنقسم إلى قسمين : ولاية على النفس ، وولاية على المال . والولاية على النفس : هــي الإشراف على أحوال القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج .

والولاية على المال : هي الإشراف على أحوال القاصر المالية من استثمار لهـا وتصرفات كالبيع والإجارة وغير هذا . وسوف يكون الكـلام بمشيئة الله تعـالى في هـذا المبحث عن هاتين الولايتين بإيجاز .

وقـد نـص مشـروع دول مجلـس التعـاون في المـادة – ١٥٩ – علـى الآتـي : [الولاية : ولاية على النفس ، وولاية على المال .

أ – الولاية على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر .

ب– الولاية على المال هي العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر] .

أ – الولاية على النفس :

١– الولي على النفس والعمل المطلوب منه :

سبق أن اتضح أن الصغير منذ ولادته حتى السابعة أو التاسعة إن كان ذكراً ، أو سن التاسعة أو الحادية عشرة إن كان أنثى يكون عند الحاضنه ، أمــه أو عنـد مـن يليها من النساء ، لأن الولاية في هذه الفترة النساء أولى بها من الرجال ، ثم بعد ذلـك تنتقل الولاية إلى الرجال في الفترة التالية ليقوموا بإكمال تربية الطفل والمحافظـة عليـه وصيانته حتى البلوغ ومباشرة عقد الزواج نيابة عنه إذا كان قاصراً .

وقد نصت المادة – ٢٤٤ – من مشروع قانون الإمارات على الآتي : [يخضع للولاية على النفس الصغير إلى أن يتم سن البلوغ عاقلا ، كما يخضع لها البالغ المجنون أو المعتوه] .

الولي على النفس :

عند الحنفية : [١] هو الابن ثم الأب ثم الجد أبو الأب ، ثم الأخ ، ثم العم ، بمعنى أن الولاية على النفس تثبت عندهم على القاصر للعصبات بحسب ترتيب الإرث : البنوة ، فالأبوة ، فالأخوة ، فالعمومة . ويقدم الشقيق على من كان لأب فقط . فإن لم يوجد أحد من العصبات انتقلت ولاية النفس إلى الأم ثم باقي ذوي الأرحام .

وعند المالكية : [٢] تثبت هذه الولاية على الترتيب الآتي : البنوة ، ثم الأبوة ثم الوصاية ثم الأخوة ثم الأجداد ثم العمومة . فالولي على النفس عندهم : هو الابن وابن الابن ، ثم الأب ثم وصيه ، ثم الأخ الشقيق وابنه ، ثم الأخ لأب وابنه ، ثم الجد أبو الأب ، ثم العم وابنه . ويقدم الشقيق منهما على غير الشقيق ، ثم القاضي في هذا العصر .

ويجبر الولي على أخذ القاصر بعد انتهاء حضانته ، لأن الولاية على النفس حق من حقوق المولى عليه [٣] .

وقد نصت المادة – ٢٤٥ – على أصحاب الحق في هذه الولاية فجاء بها :

---

(١) الدر المختار ٢/٤٢٦ ، ٤٢٨ .

(٢) القوانين الفقهية ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٤٧ .

١- [الولي على النفس هم العصبة بالنفس المحارم حسب ترتيبهم في الإرث مع مراعاة حكم الفقرة - ٢ - من المادة - ٣١ - ويقدم الجد الصحيح على الأخوة] .

٢- وعند تعدد المستحقين للولاية في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة تختار المحكمة أصلحهم للولاية .

٣- وإن لم يوجد مستحق عينت المحكمة وليا على النفس من أقارب القاصر إن وجد فيهم صالح للولاية ، وإلا فمن غيرهم] .

ونصت المادة - ١٦٠ - من المشروع الموحد لدول مجلس التعاون على : [الولاية على النفس للأب ، ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث] .

وبالنسبة للشروط التي تشترط في الولي نصت المادة - ١٦٢ - على أنه : [يشترط في الولي أن يكون بالغا ، عاقلا ، أمينا ، قادراً على القيام بمقتضيات الولاية] .

ونصت المادة - ١٦٣ - على أنه : [لا ولاية لغير المسلم على المسلم] .

والعمل المطلوب منه : التأديب والتهذيب ، وكذلك رعايته صحيا ونمو جسمه ، والإشراف على تعليمه وتثقيفه ، وكذلك الزواج . وإذا كان القاصر أنثى يجب عليه حمايتها وصيانتها ، ولايجوز لوليها أن يسلمها إلى من يعلمها صناعة تختلط من خلالها بالرجال .

وقد نصت المادة - ٢٤٦ - من مشروع قانون الإمارات على عمل الولي على النفس وهو :

[الإشراف على شئون المحضون ، وحفظه وتربيتــه وتعليمـه وتوجيـه حياتـه وإعداده اعداداً صالحا ، والموافقة على التزويج] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص – كما سبق – في المادة – ١٥٩ – في فقرتها الأولى على هذا المعنى .

٢- شروط الولي على النفس :

يشترط في الولي على النفس : البلوغ والعقل – أي يكون مكلفـا – وأن يكـون قادراً على تربية الولد ، وأمينا علـى اخلاقـه ، وأن يكـون متحـداً مـع المـولى عليـه في الدين .

فالولاية لاتكون لغير البالغ ، ولا لغير العاقل ، ولا لسفيه مبـذر ، لأن هـؤلاء في حاجة إلى من يتولى شؤونهم ، والفاسق الماجن الذي لايبـالي بمـا يفعـل لا ولايـة لـه لأنه يضر بأخلاق القاصر وماله ، وكذلك لا ولاية لمهمل للولد كأن يتركه مريضا ، دون أن يحاول علاجه مع القدرة على ذلك ، أو كأن يحول بينه وبين التعليم مع صلاحيـة الولد لذلك ، لأن هذا ضرر بمصلحة القاصر ، وكذلك لا ولاية لغير المسـلم علـى المسلم لأنه سبحانه وتعالى يقول : [ولن يجعل ا لله للكافرين على المؤمنين سبيلا] (١) .

وقد نصت المادة – ٢٤٧ – من مشروع قانون الإمارات على بعض هذه الشـروط : [يشترط في ولي النفـس : أن يكـون أمينـا علـى نفس القـاصر ، قـادراً علـى تدبـير شئونـــه ، متحدا معه في الدين ، وألا يكون هو تحت ولاية لغيره على نفسه] .

وكذلك نصت المادة – ١٦٢ من مشروع دول مجلس التعـاون علـى بعـض هـذه

---

(١) النساء / ١٤١ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٧٤٧ ، ٧٤٨ .

الشروط فجاء بها [يشترط في الولي أن يكون بالغا ، عاقلا ، أمينا ، قادراً على القيام بمقتضيات الولاية] ثم أكمل هذه الشروط في المادة – ١٦٣ – فنص فيها [لا ولاية لغير المسلم على المسلم] .

فإذا لم تتوافر الشروط السابقة في القريب العاصب أصبح غير أهل لهذه الولاية وانتقلت إلى من يليه من الأقرباء ، فإن لم يكن فللقاضي أن يختار رجلا أمينا قادراً على القيام بمصالح هذا الصغير .

ونصت المادة – ٢٤٨ – من مشروع قانون الإمارات على سلب الولاية ، وجاء فيها ما يأتي :

١– [تسلب الولاية حتما عن ولي النفس في الحالات الآتية :

أ – إذا طرأ الخلل في بعض شرائط الولاية المبينة في المادة السابقة .

ب– إذا قدم الولي للمحاكمة في أية جريمة مخلة بالشرف كالاغتصاب أو هتك العرض أو الدعارة .

جـ– إذا صدر على الولي حكم في جناية أوقعها هو أو غيره على نفس المولى عليه .

٢– وفي الحالة المنصوص عليها في البند – ب – إذا حكم ببراءة الولي جاز للمحكمة المختصة النظر في رد الولاية إليه بناء على طلبه أو طلب النيابة العامة] .

وقد نصت المادة – ٢٤٩ – بعد ذلك على مايأتي :

[١– يجوز سلب الولاية عن ولي النفس ، كليا أو جزئيا ، دائما أو مؤقتا ، في الأحوال الآتية:

أ- إذا حكم على الولي بالسجن .

ب- إذا أصبح المولي عليه عرضة للخطر الجسيم في سلامته أو أخلاقه ، أو تعليمه . بسبب سوء معاملة الولي له ، أو سوء القدوة نتيجة لاشتهار الولي بفساد السيرة ، أو الادمان على المسكرات أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية .

ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر حكم بعقوبة على الولي بسبب شيء مما ذكر .

جـ- إذا ارتكب المولى عليه جناية .

٢- ويجوز للمحكمة بدلا من سلب الولاية في الأحوال المتقدمة ، أن تعهد بالقاصر إلى إدارة احد المعاهد الخيرية أو المؤسسات الاجتماعية] .

وقد نصت المادة -٢٥٠- على الآتي [للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب سلطة التحقيق أن تعهد مؤقتا بالقاصر إلى شخص مؤتمن ، أو إلى معهد خيري ، أو مؤسسة اجتماعية حتى يبت في موضوع الولاية] .

أما المادة - ٢٥٢ - فقد نصت على : [إذا سلبت ولاية الولي عن بعض من تحت ولايته ، وجب سلبها عن باقيهم] ، أما نص المادة - ٢٥٣ - فقد جاء بها :

[١- وإذا قضت المحكمة على ولي النفس بسلب ولايته ، أو الحد منها ، أو وقفها ، انتقلت الولاية إلى من يليه في الترتيب إن كان أهلا .

٢- فإن أبى أو كان غير أهل جاز للمحكمة أن تعهد بالولاية إلى من تراه أهلا ، ولو لم يكن قريبا للقاصر ، أو أن تعهد بهذه الولاية إلى إدارة أحد المعاهد الخيرية ، أو المؤسسات الاجتماعية] .

ومشروع دول مجلس التعاون قد نص في المادة - ١٦٤ - على سلب الولاية : [تسلب الولاية إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين السابقتين] والشروط المذكورة في هاتين المادتين - ١٦٢ ، ١٦٣ - هي الشروط الخاصة بالولي .

٣- انتهاء الولاية على النفس :

عند الحنفية : تنتهي الولاية على النفس في حق الغلام بعلامات البلوغ الطبيعية [1] .فإن لم تكن فبالسن وهو خمسة عشرة سنة ، وكان عاقلا مأمونا على نفسه وإلا بقي في ولاية الولي .

وأما في حق الأنثى ، فتنتهي هذه المرحلة بزواجها ، فإن تزوجت صار حق إمساكها لزوجها ، وإن لم تتزوج استمرت ولاية الغير عليها إلى أن تصير مسنة مأمونة على نفسها ، فلها بعد ذلك أن تنفرد بالسكنى ، أو تسكن مع أمها . والحنفية لم يحددوا هذه السن ، والظاهر من كلامهم أنها تصبح عجوزا لايرغب فيها الرجال . ولكن القضاء المصري أجاز للأنثى إذا بلغت سن الرشد - ٢١ سنة - أن تنفرد بالسكنى عن ولي النفس ، إذا كانت مأمونة على نفسها ولا يخشى عليها الفتنة .

وعند المالكية : تنتهي الولاية على النفس بزوال سببها ، وسببها الصغر وما كان في معناه : وهو الجنون والعته والمرض . وأما الأنثى فلا تنتهي الولاية عليها إلا بدخول الزوج بها [2] .

---

(١) وهي الاحتلام في كل من الفتى والفتاة ، والحيض بالنسبة للفتاة يدل على ذلك مارواه أحمد والنسائي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما عرض عليه بنو قريظة فحكم بقتل من كان محتلما ....] نيل الأوطار ٢٦٢/٥ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ٧٤٩/٧ .

وإني أرجح ماذهب إليه الفقهاء بالنسبة للفتاة عما قضى به القضاء المصري ، لأن الفتاة في هذه السن مهما كانت مأمونة على نفسها ، فهي غير مأمونة على نفسها فالأولى بل الواجب أن تظل حتى تصبح في كنف رجل ، أو تتقدم في السن حتى تصبح غير مرغوبة عند الرجال .

ب – الولاية على المال :

الولاية على المال : هي السلطة التي يملك بها الولي التصرف في شئون المولي عليه ، وهي الشئون المالية من بيع وشراء وإجارة ورهن وغير ذلك .

وقد نص على هذا مشروع قانون الإمارات في المادة – ٢٦٠ – فقد جاء بها : [يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون] .

وكذلك مشروع دول مجلس التعاون قد نص في المادة – ١٦٥ – : [تكون الولاية للأب على أموال ولده القاصر حفظاً ، وتصرفا ، واستثماراً] .

وهذه الولاية تكون على العاجزين عن تدبير شئونهم المالية من الصغار والمجانين والمعاتيه باتفاق الفقهاء ، كما تكون على السفهاء عند جمهور الفقهاء خلافا لأبي حنيفة .

أما الصغير : فإنه يمر بمرحلتين حتى يصل إلى البلوغ .

المرحلة الأولى : مرحلة عدم التمييز وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة ، فالولي يقوم بجميع تصرفاته ، لأن الصغير في هذه المرحلة لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لاتكون له عبارة معتبرة ، فالتصرفات التي تصدر منه تكون باطلة .

المرحلة الثانية : فإذا بلغ سن السابعة من عمره بدأت هذه المرحلة وهي مرحلة التمييز وفيها يستطيع أن يدرك الفرق بين النافع والضار بصورة عامة ، فيدرك أن معنى بعت إخراج للشيء من حيازته ، ومعنى اشتريت إدخال للمشتري في حيازته ، بهذا تتحقق له أهلية التصرف الناقصة تحتاج معها إلى رأي الولي ، لهذا نرى فقهاء الحنفية قد قسموا تصرفاته في هذه المرحلة إلى ثلاثة أنواع :

أ- تصرفات نافعة نفعا محضا ، كقبول الهبة أو الوصية أو الوقف او الهدية ، وهذه تصح منه وتنفذ ولا تتوقف على إذن الولي .

ب- تصرفات ضارة ضررا محضا كهبة ماله واهدائه وإبراء المدين له من الدين ، وهذه التصرفات باطلة لاتنفذ حتى ولو أجازها الولي ، لأن الولي ممنوع من هذه التصرفات بالنسبة لمال الصغير بنفسه فمن باب أولى لايملك الإجازة بالنسبة لها .

جـ- تصرفات تترددبين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها ، وهذه العقود تصح باعتبار أهليته الناقصة ، ولكنها تتوقف على رأي الولي . إن أجازها نفذت إذا رأى أن جانب النفع فيها هو الغالب ، وإن ردها بطلت إذا وجد أن جانب الضرر فيها هو الغالب . وتستمر هذه المرحلة إلى البلوغ (١) .

---

(١) وهو بالعلامات الطبيعية إن وجدت ، وإذا لم توجد فبالسن: وهو عند جمهور الفقهاء خمس عشرة سنة ، وخالف أبو حنيفة فجلعه ثماني عشرة سنة للفتى ، وسبع عشرة سنة للفتاة ، وجعله مالك ثماني عشرة سنة لهما . واستند الجمهور بالنسبة لهذا السن - خمس عشرة سنة - على مارواه الجماعة عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : [عُرضت على النبي - صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعُرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني] نيل الأوطار ٥/٢٨٢ ، هذا دليل أن هذا أدنى سن للبلوغ .

١- الولي على المال :

عند الحنفية : تثبت الولاية المالية عندهم ، للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للجد الصحيح وهو أب الأب وإن علا ، ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ، ثم للقاضي ، ثم لوصي القاضي .

وعند المالكية والحنابلة : فإن هذه الولاية المالية تثبت ، للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه ثم لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاض ، ولم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي . قالوا : لأنه لايدلى إلى الصغير بنفسه وإنما يدلي إليه بالأب فلا تكون له ولاية على مال الصغير كالأخ .

وعند الشافعية : فهذه الولاية للأب أولا ، ثم للجد ، ثم لوصي من تأخر موته منهما ، ثم للقاضي ثم لمن يقيمه وصيا ، وهم بهذا خالفوا الأئمة في تقديم الجد على وصي الأب ، لأن الجد مثل الأب عند عدمه لوفور شفقته كالأب ، ولهذا تثبت له ولاية التزويج . وتستمر هذه الولاية حتى يبلغ القاصر سن الرشد [1] . فإذا بلغ رشيدا ، ثم طرأ عليه الجنون أو مايشبه ذلك كالعته مثلا ، فهل تعود الولاية عليه ؟

---

(١) حينما يبلغ عاقلا تكمل أهليته ، وهذا غير الرشد : وهو أن يحسن التصرف في المال بحيث لاينفقه إلا على مقتضى العقل والشرع ، وجمهور الفقهاء لم يحددوا سناً معينة للرشد ، لأنه أمر يختلف باختلاف الأشخاص والأزمان ، وجعلوا ذلك للتجربة ، وهذا ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية أيضا . ودليل هذا الرأي قوله سبحانه : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما .... إلى قوله : فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أمواله .... ﴾ النساء / ٥ ، ٦ وهذا معناه إذا ثبت الرشد بالفعل سلم إليه ماله . ولكن أبا حنيفة قال : يستمر ذلك إلى خمس وعشرين ، فإذا بلغها سلم إليه ماله وإن لم يرشد بالفعل ، لأن هذا السن هو أعلى مرحلة من الممكن أن يهذب فيه .

قال الحنفية والشافعية : في الراجح عندهم : إن الولاية تعود لمن كانت له قبل البلوغ ، لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، بمعنى إذا وجدت علة الولاية وجدت الولاية . وقال المالكية والحنابلة : لاتعود الولاية لمن كانت له ، وإنما تكون للقاضي ، لأن الولاية سقطت بالبلوغ عاقلا ، والساقط لايعود [1] .

وجاء نص المادة – ٢٥٧ – من مشروع قانون الإمارات موضحة هذا : [تكون الولاية على مال القاصر أو الحمل للأب ثم للجد الصحيح إن لم يكن الأب قد أختار وصيا ولا يجوز لأحد منهما التخلي عن ولايته إلا بإذن المحكمة] .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة – ١٦١ – على الآتي : [الولاية على المال للأب وحده] .

وبهذا يتضح أن مشروع الإمارات قد أخذ برأي الجمهور في الولاية على المال . أما مشروع دول مجلس التعاون فقد أخذ برأي المالكية والحنابلة فلم يجعل للجد ولاية إلا إذا كانت عن طريق الأب أو القاضي كوصي .

٢- شروط الولي على المال : [2]

يشترط لثبوت الولاية على المال ماسبق اشتراطه من أجل الولاية على النفس ، وهو مايأتي:

١- أن يكون الولي كامل الأهلية ، وهذا يكون بالبلوغ والعقل والحرية ، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها ، هو غير أهل للولاية على مال نفسه ، لهذا لايكون أهلا للولاية على مال غيره ، لأن فاقد الشيء لايعطيه .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٧٩٩ – ٨٠٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٥٠/٧ .

(٢) الدر المختار ٤٠٥/٢ ، ٤٠٦ .

٢- ألا يكون سفيها مبذرا محجورا عليه : لأنه لـن يلـي أمـور نفسـه ، فمـن باب أولى لايلي أمور غيره .

٣- أن يكون متحد الدين مع القاصر ، بمعنى أن الأب لو كان غير مسلم فـلا يلي أمور ابنه المسلم .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة - ٢٥٨ - على هذا المعنى تقريبا [لايجـوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحـق فيما يتعلق بما له هو] .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون في المادة - ١٦٢ - على هذا فقد جـاء بها : [يشترط في الولي أن يكون بالغا ، عاقلا ، أميناً ، قادراً على القيام بمقتضيـات الولاية] . وهذا هو المشار إليه سابقاً في الولاية على النفس .

٣- تصرفات الولى على المال :

الولي حينما يباشر تصرفاته في مال القاصر فهو مقيد بمصلحة المولى عليه ، فلا يجوز مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضـا ، كهبـة جـزء مـن مـال المـولى عليـه أو التصدق به أو وقفه ، فإذا صدرت منه كانت باطلة . ولكـن التصرفـات النافعـة نفعـا محضا كقبول الهبة والوصية والوقـف والصدقـة فلـه أن يباشـرها ، ومثلهـا التصرفـات الدائرة بين النفع والضرر مثل البيع والشراء والإجارة بشرط ألا يكون فيها ضرر . فإن كـان فيهـا ضـرر كـانت باطلـة ، هـذا إجمـال لحكـم التصرفـات ، أمـا تفصيـل هـذه التصرفات فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها .

تصرفات الأب : الأب إذا كان مبذرا ومسرفا فلا ولاية له على مال القاصر ، ويجب عليه أن يسلم المال إلى وصي يختاره ، فإن كان غير مبذر ، فتكون الولاية له على مال القاصر ، وله عند الحنفية والمالكية : بيع مال القاصر والشراء له ، سواء كان المال من المنقولات أو العقارات مادام العقد يكون بمثل الثمن أو بغبن يسير ، وهو ما يتغابن فيه عادة . ولا ينفذ على القاصر البيع أوالشراء بغبن فاحش ، وهو مالا يتغابن فيه الناس عادة .

وله أن يبيع ماله لولده الصغير ، وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل الثمن أو بغبن يسير ، وهو الذي يتولى طرفي العقد ، وعبارته تقوم مقام الإيجاب والقبول ، وهو استثناء من مبدأ تعدد العاقد – العاقدين – بالنسبة للعقود المالية ، وهذا لأنه صاحب شفقة كبيرة بالنسبة لولده لاتتوفر في غير الأب .

وقد سبق أن الولي ليس من حقه أن يتصرف بما فيه ضرر بالنسبة لمال الصغير ، أيا كان هذا الولي ، الأب أو غيره ، لهذا ليس للأب أن يتبرع بشيء من مال الصغير . لأن هذا يضر بمال الصغير .

ولكن يجوز للأب عند أبي حنيفة ومحمد أن يرهن مال القاصر في دين على الأب ، وقالوا في هذا : أن الأب له أن يودع مال القاصر اتفاقا فيكون له رهنه من باب أولى ، لأن الوديعة إذا هلكت بدون تعدي أو تقصير في الحفظ لاتضمن ، والرهن إذا هلك عند المرتهن يكون مضمونا على كل حال ، أي إذا هلك بالتعدي أو بدون تعدي .

وعند أبي يوسف وزفر لايجوز ، لأن في الرهن تعطيل لمنفعة المال لأنه يبقى محبوسا إلى أن يسدد الدين وقد يطول هذا الحبس لعجز الأب عن سداد دينه ،

بخلاف الإيداع فالأب يستطيع أن يسترده في أي وقت ، والإيداع يقصد به حفظ المال وهذه منفعة تعود على صاحب المال ، ولكن الرهن منفعته عائدة إلى الأب .

ورغم أن هذا الرأي له وجاهته ولكن الراجح هو قول أبي حنيفة ومحمد لأنه مقتضى الاستحسان وهو مقدم على القياس الذي يقول به القول الآخر [1] .

وقد نص مشروع قانون الإمارات في المادة – ٢٦١ – على [لايجوز التبرع بمال القاصر أو بمنافعه إذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه باطلا وموجبا لضمانه ومسئوليته] .

وكذلك نص في المادة – ٢٦٥ – [لايجوز للولي إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة] .

ونص في المادة – ٢٦٦ – [لايجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلا ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة] .

والمادة – ٢٦٨ – من هذا المشروع نصت على [لايجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة] .

وواضح من هذه النصوص أن المشروع منع الولي من أي تصرف فيه ضرر يعود على مال القاصر .

وكذلك نص في المادة – ٢٧٠ – على جواز تعاقد الأب مع نفسه سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لغيره . فقد جاء بها [للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك] .

---

(١) أحكام الأسرة في الإسلام أ . د / محمد شلبي ص ٨١١ ، ٨١٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧ ٧٥٢

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعـاون في المـادة – ١٦٧ – في الفقـرة (٣) [قبول التبرعات المشروعة لصالح ولده ، إذا كانت خالية من التزامات مجحفة] والفقرة (٤) [الإنفاق من مال ولده على من وجبت لهم النفقة عليه] .

وهذا مانص عليه مشروع الإمارات في مادتيه – ٢٦٨ – السابقة والمادة – ٢٧٣ – فقد جاء بها [للولي بإذن من المحكمة أن ينفق على نفسه من مال القاصر إذا كانت نفقته واجبة عليه وأن ينفق منه على من تجب على القاصر نفقته] .

وكذلك نصت المادة – ١٦٨ – من مشروع مجلس التعـاون علـى : شـراء ملـك ولده لنفسه ، وبيع ملكه لولده في فقرتيها (١) ، (٢) .

الوصـي المختـار :

الوصي نوعان :

١- الوصي الذي يعينه الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده .

٢- الوصي الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد .

نص على هذا الوصي مشروع الإمارات في المادة – ٢٨٤ – في فقراتها الثلاث .

وكذلك نص مشروع دول مجلس التعاون على هذا في المادتين– ١٧١، ١٧٢– .

شروط الوصي :

١- البلوغ ٢- العقل ٣- الإسلام ٤- العدالة .

ومشروع قانون الإمارات قد نص في المادة – ٢٨٣ – على الشروط الخاصة بهذا الوصي .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص على هذه الشروط في المادة –١٧٣– .

فلا ولاية للصبي ، لأنه قاصر ولا ولاية للمجنون ، لأنــه لايهتـدي إلى حسـن التصرف ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، وكذلـك لاولايـة لفاسـق؛ لأن تـولي شئون الغير يحتاج إلى استقامة ونزاهة وورع .

ويصح الإيصاء للمرأة كما قال بذلك أكثر الفقهاء ، حيث أن عمر – رضي الله عنه – أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين ، ولأن شهادتها وتصرفاتها الماليـة صحيحـة كالرجل ، فتجوز وصايتها .

وكذلك يصح الإيصاء للأعمى في رأي جمهور الفقهاء ، لأنــه يحسـن التصـرف كالمبصر ، وتصح شهادته وولايته في الزواج وعلى أولاده الصغار ، فصح الإيصاء إليه .

تصرفات الوصي المختار :

وصى الأب أو الجد يملك ما يملكه الأب إلا فيما يختلف فيه من ناحية عـدم توافر الشفقة المتوفرة عند الأب :

١- بيع العقار : الوصي المختار لايملك بيع عقـار القـاصر إلا إذا كـان هنـاك المسوغ الشرعي ، أو يكون في بيعه نفع ظاهر له .

والمسوغ الشرعي : كديون على التركة لايمكن إيفاؤها إلا بهذا البيع ، وكذلك بدين على القاصر .

وجود وصية مرسلة وهي التي تكون بمقدار من المال كألف درهم مثلا وليس في التركة نقود أو عروض تباع لتنفيذها فـلا بـد مـن البيـع لأنـه لامـيراث إلا بعـد تنفيـذ الوصية ، أما إذا كانت مقيدة بالثلث مثلا فلا يباع العقـار ويكـون الموصـي لـه شـريكا للورثة بمقدار الوصية .

أن يكون القاصر في حاجة إلى النفقة ولايمكن تدبير هذه النفقة إلا ببيع العقار.

أن يكون المبنى الذي يملكه الصغير أوشك على السقوط ، ولا توجد نقود عند الوصي لترميمه .

٢- بيع الوصي مال نفسه للصغير أو شراء ماله لنفسه . فإنه - كما سبق - يصح للأب أن يبيع ماله للصغير وأن يشتري مال الصغير لنفسه متى كان البيع أو الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير . فإن هذا لايصح من الوصي إلا إذا كان فيهما نفع ظاهر للقاصر ، ويتحقق هذا النفع في رأي أبي حنيفة بأن يبيع العقار للقاصر - عقار الوصي - بنصف القيمة ، ويشتري عقاره - عقار الصغير - بضعف القيمة . وفي غير العقار : أن يبيع له بنقص ثلث القيمة ، ويكون الشراء بزيادة نصف القيمة ، مثل أن يبيع له ماقيمته خمسة عشرة بعشرة ، ويشتري منه ماقيمته عشرة بخمسة عشر .

وقال الصاحبان والفقهاء والآخرون : لايجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الصغير مطلقا .

القاضي ووصيه :

عند عدم الأب والجد ووصيهما ، تنتقل الولاية للقاضي ، لماله من الولاية العامة ، فله حق التصرف في مال القاصر بنفسه بما فيه المصلحة ، لكن العادة جرت على أنه لايشرف بنفسه على أموال الصغير ، بل يعين وصيا من قبله يسمى - وصي القاضي - وهو كوصي الأب إلا في بعض الأمور أهمها .

١- ليس لولي القاضي أن يشتري شيئا لنفسه من مال القاصر ولا أن يبيع ، كما كان هذا للوصي المختار إذا كان في هذا منفعة ظاهرة للقاصر ، كما سبق .

٢- الوصي المختار له أن يعين وصيا بعد وفاته على مال القاصر ، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا أعطى له القاضي هذا الحق في قرار تعينه .

٣- وصي القاضي قابل للعزل ولو كان عدلا مادامت مصلحة القاصر تقتضي هذا ، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله ، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلا كافيا ، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل [1] .

وقد نص مشروع الإمارات في المادة - ٢٩٢ - على [يتسلم الوصي أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل في ذلك من العناية مايطلب من الوكيل المأجور] .

وكذلك نص مشروع قانون الإمارات في المادة - ٢٩٤ - على التصرفات التي يباشرها الوصي بإذن المحكمة .

أما مشروع دول مجلس التعاون فقد نص في المادة - ١٧٦ - فقرة (ب) [تعتبر مباشرة الوصي لمهامه قبولا منه للإيصاء] .

انتهاء الولاية والوصاية :

١- تنتهي الولاية والوصاية على المال بزوال سببها وهو الصغر وبلوغه سن الرشد ، ويعرف سن الرشد عن طريق الاختبار والتجربة ، فإذا اتضح رشده ، سلمت إليه أمواله وزالت الولاية عنه .

٢- بعزل الوصي إذا وجد من الأسباب مايوجب ذلك أو قبول استقالته .

---

(١) رد المحتار ٦٣١/٥ ، ٦٣٣ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٢٧ ٨٣٠ ، الفقه الإسلامي وأدلته ٧٥٧/٧ - ٧٦٠ .

٣- إذا فقد الوصي أهليته أو ثبتت غيبته بحيث يصبح القاصر غير منتفع بهذه الوصاية .

٤- إذا عادت الولاية للولي أبا أو جدا بعد سلب المحكمة لها لسبب من الأسباب وكانت قد عينت وصيا بدله ، ثم زال هذا السبب وأمرت المحكمة بإعادتها .

" المبحث الخامس "
" في نفقة الأولاد والأقارب "

ويشتمل على الآتي :-

١- تمهيـــد :

أ- القرابة التي توجب النفقة .

ب- الأسس التي يقوم عليها نظام النفقات .

٢- نفقة الفروع على الأصول .

٣- نفقة الأصول على الفروع .

٤- نفقة الحواشي .

١- تمهيــد :

في القرابة التي توجب النفقة والأسس التي يقوم عليها نظام النفقات :

أ- من التكافل الاجتماعي في الإسلام نفقة الأقارب ، وهذه النفقة قررها الكتاب الكريم في كثير من آياته ، وجاءت السنة شارحة لما أجمله القرآن الكريم في هذا .

يقول سبحانه : ﴿ **وإن جاهداك على أن تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾ [1] نزل هذا القرآن الكريم في الأبوين الكافرين ، والمقصود بالمصاحبة بالمعروف حسن العشرة - كما فسرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن يطعمهما إذا جاعا ، ويكسوهما إذا عريا [2] . ويقول سبحانه ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ...**﴾ إلى قوله سبحانه ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ [3] .

أما السنة فهي أحاديث كثيرة منها :

ماروواه النسائي عن طارق المحاربي قال : قدمنا المدينة فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قائم على المنبر يخطب الناس ويقول : [يد المعطي العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك] [4] .

ومارواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها : أنها قالت : [دخلت

---

(١) لقمان / ١٢ .　　(٢) تبيين الحقائق ٣/٦٢ .

(٣) البقرة / ٢٣٣ .

(٤) نيل الأوطار ٦/٣٤٦ . ومعنى تعول : أي قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة . نقله الشوكاني عن صاحب فتح الباري المرجع السابق .

هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة مايكفيني ويكفي بني إلاما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك من جناح ؟ ، فقال : [خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك] [(١)] .

فهذه النصوص توجب النفقة للأقارب في جملتها ، وقد تنوعت دلالة هذه النصوص فمنها القطعي ومنها الظني ، ومنها ماصح عند بعض الأئمة ولم يصح عند البعض الآخر لهذا اختلف الأئمة فيمن تجب له هذه النفقة .

ذهب الحنفية : إلى القول بأن القرابة التي توجب النفقة هي القرابة المحرمة للزواج فتجب على الشخص لكل قريب تربطهما قرابة محرمية ، وهي تشمل الأصول والفروع والمحارم من الحواشي كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، أما القريب غير المحرم فلا تجب له نفقة كأولاد العم والعمة وأولاد الخال والخالة .

واستدلوا على ذلك بما سبق من الأدلة التي توجب النفقة لكل من الأصول والفروع والأقارب الوارثين ، ولكنهم قيدو الوارثين بالمحارم بما روي أن عبد الله ابن مسعود - رضي الله عنه - كان يقرأ آية البقرة [وعلى الوارث مثل ذلك] بزيادة [ذي الرحم المحرم] ومعلوم أن هذه الزيادة لم تثبت قرآنيتها لعدم تواترها إلا أنها تعتبر تفسيرا وبيانا مسموعا من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - .

ومعلوم أن القرابة المحرمية قرابة قوية ، لهذا استحقت العناية والمحافظة عليها من القطيعة فوجبت النفقة لها دون غيرها ، ولنفس هذا المعنى كان تحريم

---

(١) سبل السلام ٣/٢١٧ .

الزواج من هذه القرابة .

وذهب الإمام مالك : إلى القول : بأن نفقة الأقارب تنحصر في قرابة الأولاد المباشرين فقط ، فتجب للأب والأم على الولد ذكرا كان أم أنثى ، وتجب على الأب لأولاده ولا تجب على الأم نفقة لأولادها ، ولا تجب لغير هؤلاء نفقة على أحد من أقاربهم [1] .

واستدل على وجوب النفقة للوالدين بآيات كريمة أوجبت ذلك ، في قوله سبحانه : ﴿ ..... وبالوالدين إحسانا ﴾ [2] وفي قوله ﴿ و صاحبهما في الدنيا معروفا ﴾ [3] وقوله – صلى الله عليه وسلم – [أنت ومالك لأبيك] .

أما وجوبها للأولاد فبقوله سبحانه : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [4] فهذه النصوص صريحة فيهما فيقتصر على ماورد فيه النص .

ب – الأسس التي يقوم عليها نظام النفقات :

١– نفقة الشخص لاتجب له على شخص آخر إلا إذا كان محتاجا ولم يكن له مال ، لأن الأصل في نفقة الإنسان أن تكون في ماله صغيرا كان أو كبيرا ، ولا يخرج عن ذلك إلا الزوجة فإن نفقتها تجب على الزوج ولو كانت موسرة ، لأن نفقتها لم تجب عليه لحاجتها بل لكونها محبوسة لحق الزوج عليها .

٢– نفقة الأولاد الذين لامال لهم تجب على أبيهم وحده ، لأنهم جزء منه فالإنفاق عليهم كالإنفاق على شخصه وذاته ، ولأن انتساب الأولاد إليه أمر يختص به

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٥٢١/٢ ، ٥٢٢ . (٢) الإسراء / ٢٣ .

(٣) لقمان / ١٢ . (٤) البقرة / ٢٣٣ .

لايشاركه أحد فيه. وهذا غنم فيتحمل غرم النفقة مقابل هذا . ويقابل هذا أن نفقة الأباء تجب على أولادهم لايشاركهم فيها أحد ، بمعنى أن آباء هؤلاء الآباء إن وجدوا كوجود أب وابن للمحتاج فنفقته على ابنه وحده عند الحنفية [1] لأن الولد جزء أبيه ثم هو وماله لأبيه لحديث : [أنت ومالك لأبيك] لهذا ففى الرواية الظاهرة أن النفقة تجب عليهم بالتساوي لافرق بين ذكر وأنثى وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة تكون على قدر الميراث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى .

٣- النفقة بالنسبة للأصول والفروع تجب من وقت ثبوت حاجتهم إليها دون التوقف على قضاء القاضي ، وغيرهم من الأقارب فإن نفقتهم لاتجب إلا من وقت القضاء بها [2] .

ويتضح هذا الفرق في أن للأبوين والابن من حقهم أن يأخذو من مال من وجبت عليه نفقته إذا كان غائبا وكان المال الموجود من جنس ما تجب فيه النفقة كالدراهم والطعام ، فيأخذ الواحد منهم قدر حاجته بالمعروف دون توقف على قضاء بالنفقة ، ولا ضمان عليه لأن نفقته واجبة قبل القضاء ولا يجوز ذلك لغير الأصول والفروع .

٤- النفقة لاتفرض في مال الغائب إلا إذا كان أصلا أو فرعا أو زوجا ، أما إذا كان من تجب عليه النفقة من قرابة الحواشي فإنه لاتفرض نفقة لغيره في ماله ، وينتقل الوجوب إلى القريب الحاضر ولو كان أقل رتبة من الغائب ، ويعتبر الغائب كأنه معسر ، لأن هذه النفقة وجبت للحاجة وهي في حاجة إلى قضاء القاضي ، والقضاء على الغائب لايجوز عند الحنفية ، وفي نفس الوقت لايمكن الانتظار حتى

---

(١) المبسوط ٢٢٢/٥ . (٢) البدائع ٣٥/٤ .

يحضر الغائب .

٥- الفقير القادر على الكسب لاتجب عليه نفقة لأحد إلا لأصوله وفروعه وزوجته فإنه يجب عليه السعي والعمل للإنفاق عليهم مادام قادرا على الكسب فإن أبى أجبر على ذلك .

٦- لانفقة مع اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه إلا للأصول والفروع والزوجة .

٧- النفقة للأقارب تجب بقدر الكفاية لأنها لدفع الحاجة وهي تندفع بالكفاية ، ولا يستثنى من هذا إلا نفقة الولد على أبيه الموسر فإن الوجوب لايقتصر على قدر الكفاية ، ولكن على حسب مايراه القاضي ، فلو كان الولد في حاجة إلى خادم فرض له القاضي على أبيه نفقة خادم .

٨- إذا حدث وامتنع من وجبت عليه النفقة عن الانفاق على قريبه المستحق لها وأصر على ذلك مع قدرته فإنه يحبس ولو كان أبا ، ومع كون حبسه إيزاء له وهو حرام إلا أنه لابد منه دفعا للضرر الأعلى وهو دفع الهلاك عن الولد بتحمل الضرر الأدنى وهو حبسه عملا بالقاعدة [يتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما] ولذلك لايحبس الأب في دين لولده إلا دين النفقة مع أن غيره يحبس في الدين مطلقا [1] .

٩- نفقة الأقارب مطلقا تسقط بمضي المدة إلا إذا فُرضت وكانت مُستدانة بإذن القاضي أو بإذن من وجبت عليه ، وهذه المدة عند الحنفية مقدرة بشهر فأكثر من وقت القضاء بها ، لأن النفقة وجبت لهؤلاء لسد حاجتهم فإذا مضى شهر فأكثر ولم

(١) المبسوط ٣٢٤/٥ .

يأخذ القريب النفقة المقضي بها دل ذلك على أنه ليس في حاجة إليها في هذه المدة ، أما ماهو أقل من الشهر فالنفقة لاتسقط بمضيه وله المطالبة بها ، لأنه في حاجة إلى مثل هذه المدة ليتمكن من المطالبة بالنفقة ، ولا يستثنى من ذلك إلا نفقة الزوجة [1] فإنها لاتسقط بمضي المدة ، وكذلك نفقة الصغير عند بعض الحنفية [2] فقد جعلوها كنفقة الزوجة لاتسقط بمضي المدة بل تثبت دينا في الذمة من وقت القضاء بها أو التراضي عليها وهذا رأفة بالصغير بسبب عجزه ، ومع أنها تصبح دينا عند هؤلاء بالقضاء إلا أنهم قالوا : إنها دين ضعيف لهذا يسقط بموت الصغير .

ولا تكون دينا قويا إلا إذا كانت الاستدانة بإذن القاضي أو بإذن من وجبت عليه ، وكثير من القضاة في مصر يأخذون بهذا الرأي .

١٠- الفقير المستحق للنفقة إذا عدم أقاربه الموسرين تكون نفقته في بيت المال - خزانة الدولة - لأن من واجبات هذا البيت في الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالانفاق عليهم [3] .

٢- نفقة الفروع على الأصول :

أ- من هم الفروع الواجب الإنفاق عليهم ؟

تجب نفقة الفروع لقوله سبحانه ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ [4] . فهذه الآية الكريمة توجب على الأب نفقة أولاده ، بسبب هذه

---

(١) فتح القدير ٣٥٣/٣ ، ٣٥٤ ، أما بجرد القضاء بها فلا تصير به دينا خلافا للمالكية والشافعية فإنها تصير دينا به عندهم .

(٢) تبيين الحقائق ٦٣/٣ .

(٣) أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٤١ - ٨٥٠ . (٤) سبق تحقيقها .

الولادة ، كما تجب عليه نفقة الزوجة بسبب الولد أيضا ، ولقوله – صلى ا الله عليه وسلم – لهند :[خذي مايكفيك وولدك بالمعروف][1] . أي أن نفقة الولد والزوجة واجبة على الأب .

والأولاد الواجب نفقتهم عند جمهور الفقهاء [2] : هم الأولاد مباشرة وأولاد الأولاد أي الفروع وإن نزلوا ، لهذا فإن على الجد نفقة أحفاده ، من أي جهة كانوا ، لأن الولد يشمل الولد المباشر وما تفرع منه . وهو الصحيح ، فهذه النفقة تجب بالجزئية بخلاف الإرث .

وعند المالكية : أن النفقة تجب للأولاد المباشرين فقط ، ولا تجب لأولاد الأولاد لظاهر الآية الكريمة السابقة ﴿ وعلى المولود له ... ﴾ فالنفقة عنده تجب بسبب الإرث لابمطلق الجزئية [3] .

ب – شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول [4] :

يشترط لوجوب نفقة الأولاد ما يأتي :

١– قدرة الأصل على الإنفاق وهذه القدرة إما أن تكون بيساره أو بقدرته على الكسب : فإذا كان الأصل غنيا أو قادرا على الكسب وجبت نفقة الأولاد عليه ، فيطالب بأن ينفق عليهم من ماله ، وإن لم يكن صاحب مال وكان قادرا على الكسب وجب عليه الاكتساب ، عند الجمهور ، فإن امتنع حبسه القاضي . ولكن إذا كان

---

(١) سبق تحقيقه .

(٢) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، المهذب ٢/١٦٥ – ١٦٨ ، المغني ٧/٥٨٦ – ٥٩٠

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٣ .

(٤) الدر المختار ٢/٩٢٢ – ٩٢٥ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٢ ، ٧٥٣ ، مغني المحتاج ٣/٤٤٥ – ٤٤٨ .

معسرا وأن نفقته تجب على غيره من الأصول أو الفروع ، وفي نفس الوقت كان عـاجزا عن الكسب ، فلا نفقة عليه ، لأنه ليس من المعقول إيجاب نفقة عليه وهو يأخذ نفقته من غيره ، لأن فاقد الشيء لايعطيه ، وهذا هو الصحيح .

وعند المالكية : الأب ليـس ملزمـا بالكسـب لأجـل نفقـة أولاده فـإذا كــان معسرا ، وكان قادرا على الكسب بحرفة أو غيرها ، كان التكسب غير واجب عليـه ، من أجل الإنفاق على أولاده المعسرين .

٢- أن يكون الولد معسرا ليس له مال ، وغير قــادر علـى الاكتسـاب : فـإذا كان له مايكفي نفقته ، وجبت في هـذا المـال وليـس علـى غـيره ، وإذا كـان مكتسـبا وجب عليه الاكتساب ، لأن الصغير المكتســب نفقتـه في كسـبه ، وليـس علـى أبيـه . لهذا فإن الولد الموسر بماله أو بكسبه ، لانفقة له ، لأن هـذه النفقـة تجـب مـن قبيـل المواساة والبر وهو بهذا اليسار مستغن عن المواساة والبر .

ولكن ماذا لو كان الشخص يملك منزلا للسكنى وليس له سواه . فهـل تجـب نفقته على غيره أو لاتجب ، روايتان للحنفية :

الأولى : أن النفقة لاتجب له لأنه في هذه الحالة لايعتبر محتاجـا إليهـا مـن الغير ، لأنه يستطيع بيعه ويسكن بالأجر ، أو يبيع جزءاً منه إن أمكن هذا لينفق مـن ثمنه ويسكن في الباقي .

والثانية : أن النفقة تجب على قريبه ولا يجبر على بيعه أو بيع جزء منه ، وقالوا بأن العلة في ذلك : أن بيع المنزل لايحصل إلا نادرا ، وليـس في اسـتطاعة كـل إنسان أن يسكن بالأجر أو في المنزل المشترك ، واختار هذا صاحب البدائع [1] وإن كان

(١) البدائع ٣٤/٤ ، ٣٥ .

غيره اختار الأولى .

والذي أرجحه إنني أقول : بأن المنزل إذا كان كبيرا واسعا بحيث أن مثله ليس في حاجة إليه ، وأن يكون في استطاعته السكن دون مضايقة من شريك له وأن عائده مجزي فهنا أرجح الرواية الأولى ، أما إاذ لم يكن هكذا فإني أرجح الرواية الثانية لأن بيع المنازل في عصرنا اليوم يختلف كثيرا عن عصور مضت .

والعجز عن الكسب يكون بأحد الأسباب الأتية :

أ- الصغر: أي الصغر الذي لم يبلغ به سن الكسب ، فإن بلغ الغلام لا الأنثى هذا السن ، كان لأبيه أن يؤجره أو يدفعه إلى حرفة ليكتسب منها وينفق عليه من كسبه . أما الأنثى فلا تؤجر للخدمة ، لما في ذلك من المخاطر ولكن يجوز تعليمها حرفة معينة ويكون ذلك عند امرأة ، فإن استغنت بهذا كانت نفقتها في كسبها ، فإذا كان دخلها لايكفيها وجبت نفقتها على أبيها .

أما الولد الكبير : فإن نفقته لاتجب على الأب إلا إذا كان عاجزا عن الكسب لآفة في عقله كالجنون والعته ، أو علة في جسمه كالشلل والعمى وقطع اليدين والرجلين ، أو بسبب انتشار البطالة .

أما الحنابلة : فقد أوجبوا – خلافا للجمهور – النفقة للولد الكبير الفقير ، ولو كان صحيحا .

ب- الأنوثة : تجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها مهما بلغت حتى تتزوج ، ووقتها تصبح نفقتها على الزوج ، فإذا طلقت عادت نفقتها على الأب ، فإن اكتسبت من مهنة شريفة – دون إجبار على هذا – سقطت نفقتها عن الأب ، إلا إذا كان كسبها لايكفيها ، فإن الأب يكمل لها نفقتها .

جـ- طلب العلم : فإذا كان طلب العلم يشغل عن التكسب – وهذا هو الشأن فيه – فإن نفقته تكون على أبيه ، لأنه لو ألزم طالب العلم بالتكسب – في كثير من الأحيان – فإن هذا يؤدي به إلى التقصير في تعلمه ، وهذا بشرط أن يكون الطالب مجدا ناجحا ، لأنه لو كان مهملا في دراسته ، فلا جدوى في تعليمه ، وعليه الانصراف إلى تعلم مهنة تكفيه .

من تجب عليه نفقة الفرع ؟

ذهب الفقهاء : [1] إلى القول بأنه إذا كان الأب موجودا وموسرا أو كان قادرا على الكسب ، فتكون عليه وحده نفقة الأولاد ، لايشاركه أحد في ذلك لقوله سبحانه ﴿ وعلى المولود له ﴾ وهذا يفيد حصر النفقة فيه ، ولأنهم جزء منه ، فتكون نفقتهم وإحياؤهم كنفقة نفسه .

أما إذا لم يكن الأب موجودا ، أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر في السن أو نحو ذلك كانت النفقة عند الحنفية : على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا ، فتجب على الجد وحده إذا كان موسرا ، أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة .

وللجد أو الأم إذا كان الأب موجوداً ولكنه معسراً غير مريض مرضا مزمنا الرجوع على الأب في حال يساره ، ويكون ما أنفق عليه دين على والدهم . كما يجوز الرجوع عليه إذا أمر القاضي بالإنفاق .

وإن كان له أكثر من أصل وكانوا موسرين فالحكم يختلف تبعا لأحوالهم :

---

(١) فتح القدير ٣/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، الشرح الصغير ٢/٧٥٣ .

الحالة الأولى : إذا كانوا كلهم وارثين لهذا الذي وجبت له النفقة عليهم ، هنا تجب النفقة عليهم جميعا بنسبة أنصبائهم في الميراث بغير النظر إلى درجة القرابة .

فإن كان له أم وجد لأب فالنفقة عليهما أثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الجد الثلثان ، لأن الميراث يقسم بينهما كذلك .

وإن كان له جدة لأم وجد لأب كان على الجدة السدس والباقي على الجد . وهكذا .

الحالة الثانية : بأن كان أقارب الولد غير وارثين ، بأن كانوا من ذوي الأرحام ، فالنفقة تكون على أقربهم درجة . وإن اتحدت درجتهم ، كانت النفقة عليهم بالسوية .

الحالة الثالثة : أن يكون بعض الأقارب وارثا ، والآخر غير وارث ، فإن تساوت درجة قرابتهم من الولد كانت النفقة على الوارث منهم ، لأنهم تساووا في القرب فيرجح بالإرث .

وإن اختلفت درجة القرابة كانت النفقة على أقربهم وإن لم يكن وارثا .

وعللوا لذلك ، بإن السبب في وجوب النفقة للفرع على أصله هو أن الفرع جزء لأصله ، وكلما قربت درجة القرابة قويت الجزئية ، لهذا يرجح الأقرب .

وعند المالكية : أن النفقة تجب على الأب وحده دون غيره ، لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لرجل سأله ، عندي دينار ؟ قال : [أنفقه على نفسك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على

خادمك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنت أعلم به] ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء .

وإذا كان للفرع زوجة [1] : لاتجب نفقة هذه الزوجة عند الحنفية ، ولا تصير هذه النفقة دينا في الذمة أصلا ، سواء فرضها القاضي أم لا ، بخلاف نفقة الزوجات ، فإنها تصير دينا في الذمة بفرض القاضي أو التراضي .

وتسقط نفقة الزوجة عند المالكية في حال إعسار الزوج .

وعند الشافعية والحنابلة ، تجب نفقة زوجة الفرع ، لأن هذا من تمام الكفاية .

وقد نصت المادة – ٢١٩ – من مشروع قانون الإمارات على أنه [تجب نفقة كل إنسان في ماله ، إلا الزوجة فإن نفقتها على زوجها] .

وكذلك المادة – ٢٢٠ – قد نصت على أنه [لانفقة للأقارب مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع غير الحربيين ، ولايعتبر حربيا رعايا الدولة التي قطعت معها العلاقات السياسية دون قيام حالة الحرب] .

أما المادة – ٢٢١ – قد نصت في فقرتها الأولى على مايأتي :

[١– إذا لم يكن للولد الصغير مال فنفقته على أبيه الموسر .

٢– وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت ، أو تكسب فعلا مايكفي نفقتها ، وإلى أن يتم الغلام سن البلوغ قادراً على الكسب ، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية ، أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله إذا كان رشيداً

---

(١) بدائع الصنائع ٣٧/٤ ، ٣٨ ، المهذب ١٦٧/٢ ، المغني ٥٩٥/٧ ، مغني المحتاج ٤٤٩/٣ الفقه الإسلامي وأدلته ٨٢٢/٧ – ٨٢٩ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٥٥ – ٨٦٠ .

فيه ، أو بسبب عدم تيسر الكسب استمرت نفقته على أبيه] .

ومشروع القانون الموحد لدول مجلس التعاون نص علي هذا في المادة – ٦٢ – في فقرات أربع ، وهي كالآتي :

أ – نفقة الولد الصغير الذي لامال له على أبيه حتى تتزوج الفتاة ، ويصل الفتى إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ، مالم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاد .

ب– نفقة الولد الكبير العاجز عن الكسب لعاهة أو غيرها على أبيه ، إذا لم يكن له مال يمكن الإنفاق منه .

جـ – تعود نفقة الأنثى على أبيها إذا طلقت ، أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال أو من تجب عليه نفقتها غيره .

د – إذا كان مال الولد لايفي بنفقته ، ألزم أبوه بما يكملها ضمن الشروط السابقة] .

والمادة – ٦٤ – من هذا المشروع قد نصت على أنه : [تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له ، أو عجز عن الانفاق] .

٣- نفقة الأصول على الفروع :

أ - يراد بالأصول الواجب الإنفاق عليهم عند الجمهور [(١)] : هم الآباء والأجداد ، والأمهات والجدات ، وأن علوا ، لأن - الأب - يطلق على الجد ، وكذلك - الأم - تطلق على الجدة مهما علت ، فقد أطلق القرآن الكريم كلمة - الأبوين - على آدم وحواء ، وقال تعالى : ﴿ **ملة أبيكم ابراهيم** ﴾ .

وعند الإمام مالك : الأصول الواجب الإنفاق عليهم : هم الآباء والأمهات المباشرون ، وليس الأجداد والجدات مطلقا ، سواء من جهة الأب أم الأم . فلا تجب نفقة على جد أو جدة ، كما لاتجب على ولد ابن . ولاشك أن الصحيح والأرجح هو ما ذهب إليه الجمهور .

وتجب هذه النفقة - نفقة الوالدين - لقوله سبحانه : ﴿ **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالواليدن إحسانا** ﴾ [(٢)] ولا شك أن من الإحسان أن ينفق عليهما عند الحاجة وقوله سبحانه ﴿ **وصاحبهما في الدنيا معروفا** ﴾ [(٣)] ومن المعروف الإنفاق عليهما ولو كانا مخالفين في الدين ، فإنها نزلت في الأبوين الكافرين ، وليس من المعقول والمعروف أن يعيش إنسان في نعم الله تعالى ويترك أبويه يموتان جوعا .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - [إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئا مريئا] [(٤)] .

---

(١) البدائع ٤/٢٩ ، ٣٠ ، الشرح الصغير ٢/٧٥١ ، ٧٥٢ ، مغني المحتاج ٣/٤٤٥ ، ٤٤٦ ، المغني ٧/٥٨٣ .

(٢) الإسراء / ٢٣ . (٣) لقمان / ١٥ .

(٤) رواه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة - رضي الله عنها

ب – شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع :

يشترط لهذه النفقة مايأتي : [1] .

١– أن يكون الأصل معسرا ، لأنه لو كان له مال وجبت نفقته في ماله ، وهذه النفقة تجب للأصل ولو كان قادرا عل الكسب عند الحنفية ، والشافعية في الأظهر لأنه سبحانه أمر بالإحسان إلى الوالدين ، وحينما نلزم الآباء بالاكتساب مع غني الأبناء ، فهذا ولا شك ليس بإحسان قال سبحانه ﴿ **ولا تقل لهما أف** ﴾ فإذا كان التأفيف منهي عنه فمن باب أولى ماهو أعظم من ذلك وهو إلزام الآباء بالتكسب مع يسار الأبناء .

وعند المالكية والحنابلة : الفرع ليس ملزما بنفقة الأصل إذا كان قادرا على الكسب بمعنى أنه يجبر على كسب يستغنى به ، ولا نفقة له ، لأنها تجب من أجل المواساة والبر ، والقادر على الكسب مستغن عن هذا .

ولا شك أن ماذهب إليه الحنفية والشافعية هو الأرجح لأنه ليس من المعقول أن يجبر الآباء علىالتكسب مع يسار الفروع أيكون هذا من المعروف والبر ؟

٢– أن يكون الفرع موسرا بمال ، أو قادرا على التكسب عند الجمهور ، وقال المالكية : لايجب على الفرع المعسر تكسب لينفق على والديه .

وحتى يتحقق هذا اليسار ، فإنه يشترط – عند الجمهور – أن يكون مال الفرع أو عائد كسبه فاضلا عن نفقة نفسه ، فأما إن كان ماعنده من مال ، أو من عائد

---

(١) فتح القدير ٣٤٧/٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، الشرح الصغير ٧٥٢/٢ - ٧٥٥ ، مغني المحتاج ٤٤٨/٣ ، المغني ٥٨٤/٧ .

تكسبه لايزيد عن حاجته [1] لاتجب عليه نفقة لأحد من أصوله .

لهذا يقرر الحنفية : بأن لاتفرض للأصل نفقة خاصة والذي يجب عليه في هذه الحالة أن يضم أصله إلى أولاده ليعيش معه ومع أولاده ، لأن المقاسمة في الطعام لايترتب عليها ضرر كبير ، فإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة ، وطعام الثلاثة يكفي الأربعة فإن لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده وجب عليه أن يضمه إليه إن كان عاجزا عن الكسب لأي سبب ، فليس من المروءة أن يترك أباه العاجز يموت جوعا أو أن يسأل الناس وهو يعيش في كفاية وكذلك أمه ولو كانت قادرة على التكسب ، لأن الأنوثة في ذاتها عجز حكمي .

أما إذا كان أبوه قادرا على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك قضاء ، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عجزه عن الكسب ، حيث يؤدي هذا إلى ضعفه بمرور الأيام .

جـ - نفقة الأصل على من تجب : ؟ [2]

نفقة الأصول تجب على الولد ، لأنه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى بوجوب النفقة عليه . **وهي عند الحنفية** : على الذكور والإناث بالسوية .

وعند الجمهور : تجب - أيضا - على ولد الولد ، ولكن عند المالكية : لاتجب على ولد الابن .

---

(١) ونفقة الفرع مقدمة على نفقة الأصل ، فإن كان مايفيض عن حاجة الشخص يفي حاجة الأصل فقط أو حاجة الفرع فقط قدم الفرع .

(٢) فتح القدير ٣٤٧/٣ - ٣٥٥ ، الشرح الصغير ٧٥٢/٢ ، المغني ٥٨٣/٧ .

د – **تعدد الفروع** : إذا لم يوجد غير ولد واحد تجب عليه – كما سبق – نفقة الأصل ، فإن تعدد الفرع ، قال الحنفية : إن اتحدت درجة قرابتهم كابنين أو بنتين أو ابن وبنت ، وجبت النفقة بينهم بالتساوي ، سواء أكانوا وارثين أم بعضهم وارثا والآخر غير وارث ، للتساوي في القرب والجزئية ، ولا اعتبار لنصيب كل منهما في الميراث .

وإن اختلفت درجة قرابتهم مثل ابن وابن ابن ، وجبت نفقة الأصل على الأقرب .

فالحنفية عند تعدد الفروع اعتبروا درجة القرابة ، وعند تعدد الأصول اعتبروا الإرث أحيانا ودرجة القرابة أحيانا أخرى . وكان ينبغي التسوية بين الفروع والأصول في الحالتين .

وعند المالكية : إن تعدد الأولاد وزعت النفقة على الأولاد الموسرين بقدر يسارهم إذا تفاوتوا فيه [(1)] .

وقد نصت المادة – ٢٢٢ – من مشروع قانون الامارات على وجوب نفقة الأصول على الفروع ونصها :

١– يجب على الولد الموسر ذكرا كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا ، نفقة والديه الفقيرين ولو كان قادرين على الكسب مالم يظهر التعنت في ترك الكسب .

٢– وإذا تعدد الأولاد اشتركوا في نفقة والديهم بنسبة حصصهم الإرثية] .

---

(١) الشرح الصغير ٧٥٢/٢ .

وكذلك نصت المادة – ٢٢٣ – على أنه [إذا اجتمع لمستحق النفقة ولد أو أولاد موسرون مع والديه الموسرين أو أحدهما ، اشتركوا جميعا في النفقة بنسبة حصصهم الإرثية] .

ومشروع قانون دول مجلس التعاون يتوافق مع هذه الأحكام ، فنص على ذلك في المادة – ٦٥ – وهي كالآتي :

[أ – يجب على الولد الموسر ، ذكراً أو انثى ، كبيراً أو صغيراً ، نفقة والديه إذا لم يكن لهما مال يمكن الإنفاق منه .

ب– إذا كان مال الوالدين لايفي بالنفقة ، ألزم الأولاد الموسرون بما يكملها] .

أما المادة – ٦٦ – فقد نصت على الآتي :

[أ – توزع نفقة الأبوين على أولادهما بحسب يسر كل واحد منهم .

ب – إذا أنفق أحد الأولاد على أبويه رضاء فلا رجوع له على أخوته .

جـ – إذا كان الإنفاق بعد الحكم عليهم بالنفقة ، فله أن يرجع على كل واحد منهم وفق الحكم] .

وبهذا نرى أن المشروع قد أخذ برأي المالكية بالنسبة ليسار الأولاد حيث أن النفقة توزع على حسب يسارهم كما ذهب إلى ذلك المالكية – كما سبق – .

(١) مغني المحتاج ٣/٤٥٠ ، المغني ٧/٥٩١ .

٤- نفقة الحواشي :

أ – المراد بالحواشي هنا الأقارب من غير الأصول والفروع قرابة نسبية محرمية بمعني أنه يحرم فيها على القريب أن يتزوج قريبة لو فُرض أحدهما ذكراً والآخر أنثى كالأخوة والأخوات وأولادهم ، والأعمام والعمات والأخوال والخالات ، فهؤلاء تجب لهم النفقة إن كانوا أهلا للإرث وإن لم يكونوا وارثين بالفعل . لقوله – صلى ا الله عليه وسلم [يد المعطي العليا ، وابدأ بمن تعول ، أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك] (١) .

فالموجب للنفقة القرابة النسبية المحرمية مع الأهلية للإرث بالنسبة للقريب في الجملة .

فإذا كانت قرابة غير نسبية كالأخوة من الرضاع ، أو كانت نسبية ولكنها غير محرمية كأولاد الأعمام والعمات ، وأولاد الأخوال والخالات ، أو كانت نسبية محرمية ولكن صاحبها ليس أهلا للميراث . كالأخوة المخالفين في الدين (٢) فإن هذه الأصناف لاتجب لها النفقة لعدم توافر الصفات الموجبة لها .

وعند المالكية والشافعية : لاتجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب كالأخوة والأعمام وغيرهم ، لأن الشرع ورد بإيجاب نفقة الوالدين والمولودين لا سواهم .

---

(١) رواه النسائي ، وأخرجه ابن حبان والدار قطني وصححاه نيل الأوطار ٣٢٧/٦ .

(٢) وكذلك القريب النسبي المحرم الذي كانت حرمته بسبب غير القرابة كبنت العمة التي رضعت مع ابن خالها من امرأة واحدة فهذه وإن حرم عليه تزوجها لكن الحرمة جاءت من طريق الرضاع لامن قبل القرابة النسبية .

ب- شروط وجوب نفقة هؤلاء الأقارب :

ذهب الحنفية إلى اشتراط الشروط الآتية :-

١- اتحاد الدين : بأن يكون من تجب له النفقة ومن تجب عليه متحدين في الدين ، لأنه لانفقة على القريب مع اختلاف الدين ، كما لاتوارث مع اختلاف الدين ، ووجوب النفقة على القريب مبني على استحقاق الإرث .

وذلك بخلاف نفقة الزوجة والأصول والفروع ، لأن نفقة الزوجة تجب بمقابلة الاحتباس ، وأما غيرها فلثبوت الجزئية ، وجزء المرء في معنى نفسه .

٢- أن يكون من تجب له النفقة فقيراً عاجزاً عن الكسب لأي سبب من الأسباب كالصغر والمرض المزمن والأنوثة وغير ذلك ، فلو كان قادراً على الكسب وإن لم يكن له مال لاتجب له نفقة على غيره ، لأن بقدرته على الكسب يعتبر غنيا .

٣- أن يكون المكلف بالانفاق موسراً ، لأن النفقة على ذي الرحم المحرم صلة والصلة تجب على الغني لا على الفقير ، لهذا لاتجب عليه ولو كان قادراً على الكسب .

واختلف الصاحبان في تحديد هذا اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة [٣] .

يتحقق اليسار – عند أبي يوسف – بملك نصاب الزكاة ويكون زائداً عن حوائجه الأصلية لأنه حينئذ يعتبر غنياً والنفقة صلة لاتجب إلا على الأغنياء .

وعند محمد يتحقق اليسار بالنسبة لصاحب الغلة – المورد الثابت – بما

---

(١) بدائع الصنائع ٣٥/٤ .

يفضل عن نفقة نفسه وعياله لمدة شهر لينفق منه على قريبه ، فإن لم يكن كذلك لاتجب عليه نفقة ، وقدر يسار صاحب الحرفة بما يزيد عن نفقته ونفقة عياله من كسبه اليومي ، لأن النفقة وجبت لدفع الهلاك عن القريب فيجب على من قدر على ذلك ، والذي يزيد كسبه عن حوائجه وحوائج من يعولهم يعتبر قادراً على دفع الهلاك عن قريبه .

ومع هذه الشروط السابقة لوجوب النفقة بالنسبة للحواشي ، فإنه يشترط لوجوب أدائها قضاء القاضي بها أو التراضي عليها ، ولهذا لو ظفر الفقير من هؤلاء بما هو من جنس النفقة من مال قريبه ليس له أن يأخذه قبل القضاء أو التراضي بخلاف نفقة الأصل والفرع كما سبق .

جـ - من تجب عليهم نفقة الأقارب ؟

قد يجتمع للمحتاجين أقارب من نوعين أو أكثر - بخلاف ماسبق - وهي حالات أربع فقد يجتمع له أصول وفروع ، أو أصول وحواشي ، أو فروع وحواشي ، أو أصول وفروع وحواشي .

الحالة الأولى : أن يجتمع الأصول والفروع .

إذا اجتمع للمستحق للنفقة أصول وفروع وتوفر فيهم شروط وجوب النفقة عليهم وجبت النفقة على أقربهم دون اعتبار الإرث عند اختلاف الدرجة .

فمن كان له أب وابن ابن فالنفقة على الأب ، ولو كان مكان الأب أم وجبت النفقة عليها .

وإن تساووا في الدرجة - درجة القرابة - وجبت النفقة عليهم بنسبة الميراث إلا إذا وجد دليل شرعي يرجح وجوبها على أحدهم ، فلو كان للمحتاج جد لأب وابن

ابن وجبت النفقة عليهما بنسبة ميراثهما على الجد السدس ، وعلى ابن الابن خمسة أسداسها لاتحاد درجاتهما في القرابة . إلا إذا كان فيهم ابن أو بنت ، فالنفقة على الابن أو البنت ، ففي أب وابن تجب النفقة على الابن لترجحه بقوله صلى ا لله عليه وسلم - : [أنت ومالك لأبيك] .

الحالة الثانية : إذا اجتمع للمستحق للنفقة أقارب من الأصول والحواشي [1] توافرت فيهم شروط وجوب النفقة عليهم ، فإما أن يكونوا وارثين أو يكون بعضهم وارثا والآخر غير وارث .

فإن كان كل من الصنفين وارثا ، وجبت النفقة عليهم حسب نسبة الإرث [2] .

وإن كان أحد الصنفين وارثا ، والآخر غير وارث ، فالنفقة على الأصول وحدهم ، ولو كانوا غير وارثين ، ترجيحا لاعبتار الجزئية على غيرها . فمن كان له جد لأم وأخ شقيق أو عم كانت النفقة على الجد لأم ، لأن أحد النوعين وارث وهو الأخ الشقيق أو العم ، والآخر غير وارث وهو الجد لأم .

الحالة الثالثة : إذا اجتمع للمستحق للنفقة فروع وحواشي :

إذا كان لمستحق النفقة فروع وحواشي ، فالنفقة تجب على الفروع ، ولاشيء على الحواشي ولو كانوا وارثين ، لترجح قرابة الجزئية على غيرها .

ففي بنت وأخت شقيقة ، تكون النفقة على البنت فقط ، ولاشيء على

---

(١) كأم وأخ شقيق أو لأب .

(٢) فمن كان له أم وأخ شقيق أو لأب فنفقته عليهما اثلاثا على الأم الثلث ، وعلى الأخ الثلثان لأنه عاصب يأخذ الباقي بعد نصيب الأم .

الأخت ، وإن ورثت النصف .

وفي ابن نصراني ، وأخ مسلم ، تكون النفقة على الابن فقط ، وإن كان الوارث هو الأخ .

الحالة الرابعة : أن يجتمع الأصول والفروع والحواشي :

إذا اجتمعت الأنواع الثلاثة وتوافرت شروط إيجاب هذه النفقة فلا اعتبار للحواشي لأنهم يسقطون بالفروع كما في الحالة السابقة ، وتكون النفقة على الأصول والفروع وتطبق قاعدة اجتماعهم كما شُرح في الحالة الأولى من حالات الاجتماع [1] .

[وقد نظمت المادة – ٢٢٤ من مشروع قانون الإمارات نفقة الأقارب ، وذلك في خمس فقرات وهي كالأتي :

[١- فيما عدا الأولاد الصلبيين والأب والأم تجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب على وارثه من أقاربه المحارم الموسرين .

٢- ويكون العجز عن الكسب بسبب الصغر ، أو الشيخوخة ، أو آفة بدنية ، أو عقلية ، أو الاشتغال بطلب العلم الملائم مما ترعاه الدولة ، ولا ينافي تعاليم الدين ، وكان مناسبا لدرجة القرابة بين من تجب له النفقة ومن تجب عليه .

٣- وتعتبر الأنثى عاجزة عن الكسب حتى تتزوج أو تكسب فعلا .

٤- وإذا تعدد المحارم الموسرون كلف بالنفقة أولادهم بالإرث ، وعند الاشتراك فيه يشتركون في النفقة بنسبة حصصهم .

٥- والمراد بالوارث من يرث طالب النفقة لو فرض موته عند طلبها] .

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٨٣٤/٧ - ٨٤٠ ، أحكام الأسرة في الإسلام ص ٨٦٩ - ٨٨٢ .

وقد نصت المادة – ٢٢٥ – [الشخص الذي يكلف بالنفقة في حال يساره يعتبر كالمعدوم في حال إعساره ، وتفرض النفقة على غيره ، ممن تجب عليهم عند عدمه ، سواء كان ذلك المعسر أبا أو ولداً أو غيرهما] .

وقد نصت المادة – ٢٢٦ – من المشروع المذكور في فقرتيها على الآتي :

[١– الفقير الذي تجب عليه النفقة هو الذي ليس له مال تزيد قيمته عن المقدار الضروري عرفا لحاجته الحالية المشروعة ، وحاجة عياله ، وقضاء ديونه الحالة ، أو القريبة الحلول ، ولا مورد له من حرفة أو من غيرها يكفي ماذكر .

٢– والفقير الذي تجب له النفقة على غيره ، هو الذي لايجد ماينفق منه] .

وقد عرفت المادة – ٢٢٧ – من هذا المشروع الموسر كما عرفت المادة السابقة الفقير ، وذلك في فقرتيها الأولى والثانية ونصها :

[١– الموسر الذي تجب عليه النفقة : هو الذي له مال تزيد قيمته عن المقدار الذي تتطلبه عرفا حاجته الحالية المشروعة ، وحاجة عياله ، وقضاء ديونه الحالة أو القريبة الحلول ، أو له مورد من حرفة أو غيرها يزيد عن وفاء الحاجات المذكورة .

٢– ولا يعتبر من المال الزائد عن الحاجات المذكورة العقار . ولا رأس المال اللذين يتوقف عليهما كسب كفايته ، ولا البيت الذي لاتزيد قيمته ولا مساحته عن حاجة سكناه وسكنى عياله] .

وقد بينت المادة – ٢٢٨ – من المشروع المذكور – مايجب على الإنسان من النفقة إذا تعدد المستحقين لها ، فجاء نصها :

[١- إذا تعدد المستحقون للنفقة وكان المكلف بها غير قادر على نفقة الجميع ، أو لم يتعددوا وكان غير قادر على جميع النفقة ، كلف بقدر استطاعته ، واعتبر معسرا بالنسبة للباقي .

وفي حالة التعدد يقدم في الإعطاء الزوجة ، ثم الولد الصغير ، ثم الولد الكبير الزمن – المريض بمرض مزمن – ثم غير الزمن ، ثم الأم ، ثم الأب ، ثم يكون سواهم سواء ، يقسم عليهم ما يستطيعه المكلف بالنفقة .

٢- وإذا تعددت من تجب عليهم النفقة وكانوا قادرين على النفقة جيمعها ، يدفع كل منهم نصيبه فيها لكل واحد من المستحقين ، ولكل واحد من المستحقين أن يقاضيه بنصيبه المستحق عليه .

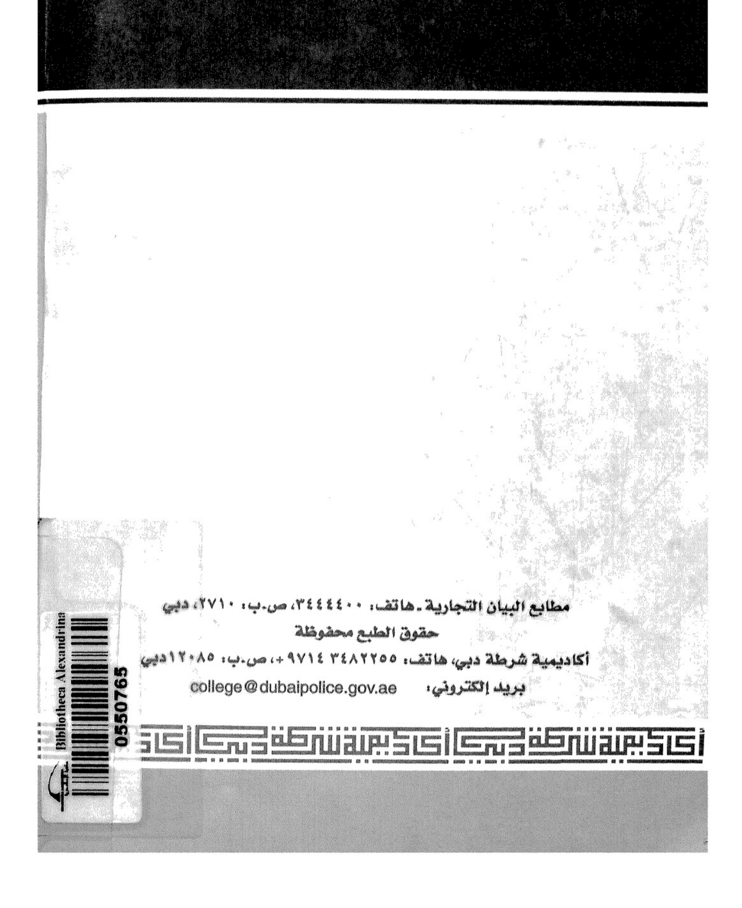
٣- وإن لم يكونوا قادرين على النفقة جميعها يطبق حكم الفقرة – ١ –] .

ونصت المادة – ٢٢٩ – على أنه [في جميع الحالات إذا كان مستحق النفقة يملك بعضها فيجب تكملتها إلى كفاية المثل] .

وجاء في المادة – ٢٣٠ – [تشمل نفقة الأقارب الغذاء والكسوة والسكن ومايلزم للعلاج الضروري والتعليم الملائم بالقياس المبين بالفقرة (٢) من المادة – ٢٢٤ –] .

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرست



مطابع البيان التجارية - هاتف: ٣٤٤٤٤٠٠، ص.ب: ٢٧١٠، دبي

أكاديمية شرطة دبي، هاتف: ٣٤٨٢٢٥٥ ٩٧١٤+، ص.ب: ١٢٠٨٥ دبي

بريد إلكتروني: college@dubaipolice.gov.ae